

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**LOS CRITERIOS NORMATIVOS DE LA FASE NEGATIVA DE LA
ACCIÓN PENAL EN LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA JURÍDICA
DEL DELITO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

**AUTOR
CARLOS EDUARDO ROJAS BARDALES**

**ASESOR
ELIU ARISMENDIZ AMAYA**
<https://orcid.org/0000-0001-8090-3207>

Chiclayo, 2021

**LOS CRITERIOS NORMATIVOS DE LA FASE
NEGATIVA DE LA ACCIÓN PENAL EN LA
APLICACIÓN DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO**

PRESENTADA POR:

CARLOS EDUARDO ROJAS BARDALES

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

GLADYS YOLANDA PATRICIA RAMOS SOTO CACERES

PRESIDENTE

JAVIER RICARDO IDROGO RODRIGUEZ

SECRETARIO

ELIU ARISMENDIZ AMAYA

VOCAL

DEDICATORIA

Dedicado a mi Padre Wantuil Rojas Rodrigo, a mi madre Irene Bardales Fernandez, a mis abuelos Arnulfo Rojas y Abelardo Bardales quienes ya no se encuentran en vida, pero siempre estarán en alma y mis abuelas Elcira Rodrigo y Alejandrina Fernandez. Dedicado a mi hermano Eber Andres Acosta Elera para que tu nombre perdure en uno de mis escritos.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi hermano, Eber Andrés Acosta Elera, a mi familia y a mis profesores, en especial a mi asesor por su apoyo incondicional.

ÍNDICE

RESUMEN.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I:.....	13
TEORÍA DEL DELITO, ACCIÓN PENAL, TEORÍAS DE LA ACCIÓN PENAL.....	13
1.1. Teorías del Delito.....	14
1.2. Teorías que explican el delito	15
1.2.1. Sistema clásico del delito (teoría causalista)	16
1.2.2. Sistema neoclásico.....	17
1.2.3. Teoría del finalismo	17
1.2.4. Teoría Neoclásica finalista.....	18
1.2.5. Teoría del funcionalismo.....	19
1.3. La Acción en el Derecho Penal.	20
1.3.1. Concepto de Acción	20
1.3.2. La acción como base de la teoría del delito	22
1.3.3. La ausencia de la acción desde la tesis finalista.....	23
1.3.3.1. Fuerza irresistible.....	24
1.3.3.2. Movimientos reflejos.....	25
1.3.3.3. Estado de inconciencia	26
1.3.3.4. <i>Actio libera in sua causa</i>	27
1.3.3.5. Problemática de las personas jurídicas	28
1.4. TEORÍAS DE LA ACCIÓN PENAL	30
1.4.1. Teoría de la acción causal o natural	30
1.4.2. Teoría de la acción finalista.....	32
1.4.3. Teoría de la acción social.....	33
1.4.4. Concepto personal de acción.....	35
1.4.5. El concepto de la acción de Jakobs	37
1.4.6. Toma de posición.....	38
CAPÍTULO II.....	41
LA NEUROCIENCIA Y ACCIÓN PENAL.....	41
2.1. Aproximaciones.....	42
2.1.1. Historia de las neurociencias en el siglo XIX, XX y XXI	42

2.1.1.1. El siglo XIX.....	42
2.1.1.1.1. Localización de los procesos mentales.....	42
2.1.1.1.2. Conectivismo	43
2.1.1.2. El siglo XX.....	43
2.1.1.3. Siglo XXI.....	44
2.1.2. ¿Qué son las Neurociencias?	45
2.1.3. El cerebro como estudio de la neurociencia	46
2.1.4. El cerebro y la conducta humana	47
2.1.5. El comportamiento desde el punto de vista filosófico, psicológico y neuroológico	47
2.1.6. La estructura y función neuronal	50
2.1.7. Neurotransmisores	51
2.2. Derecho Penal y Neurociencia	53
2.2.1. La Relación neurociencia frente al Derecho Penal	55
2.2.2. Funcionalismo y Neurociencias	57
2.2.3. Gunter Jakobs en relación a la neurociencia	58
2.2.4. La necesidad del estudio valorativo y moral de las decisiones	59
2.2.5. Libre determinación de la voluntad, causalidad y determinación a partir del estudio del cerebro	60
2.2.6. Libre determinación de la voluntad.....	61
2.2.7. Formación de la voluntad como curso causal más allá del determinismo	62
2.2.8. Libre rechazo.....	63
2.2.9. Consecuencia de la ausencia total de libre voluntad.....	64
2.3. Postura respecto a las neurociencias	64
CAPÍTULO III.....	66
CRITERIOS NORMATIVOS DE LA FASE NEGATIVA DE LA ACCIÓN	66
3.1. Criterios normativos a de la fase negativa de la acción a partir de los patrones Sociales	67
3.1.1. El Uso y costumbre.....	69
3.1.1.1. Los usos.....	69
3.1.1.2. La Costumbre	69
3.1.2. Las Máximas de la experiencia.....	70
3.1.3. La vía impuesta sobre algunos escenarios propios del Derecho Consuetudinario.....	71
3.2. El análisis normativo del aspecto psicologizante	71
3.2.1. La acción teoría del cerebro.....	71

3.2.2.	La acción dentro de la teoría jurídica del delito	77
3.2.3.	Criterios normativos de la fase negativa de la acción a partir del cerebro	79
3.2.3.1.	Trastornos neurológicos:.....	80
3.2.3.2.	Falta de cognición por alteración de la mente producida por factores externos	83
3.2.3.3.	Factores externos que imposibilitan una respuesta cerebral voluntaria	84
3.2.4.	Medios idóneos para la demostración de la fase negativa de la acción en la teoría jurídica del delito.....	85
3.2.4.1.	Diagnóstico Médico	85
3.2.4.2.	Dosaje etílico o test de sustancias estupefacientes.....	87
3.2.4.3.	Informe técnico o prueba alternativa que ayude a determinar el factor externo.	88
3.2.5.	¿Las personas jurídicas tienen cerebro?.....	89
3.3.	Postura.....	89
CONCLUSIONES.....		91
RECOMENDACIONES		93
BIBLIOGRAFÍA.....		94

RESUMEN

La presente investigación trata sobre los criterios normativos de la fase negativa de la acción penal en la teoría jurídica del delito, estos criterios buscan descartar la acción penal dentro de la teoría jurídica del delito; por ello, preexiste la necesidad del reconocimiento de la acción como una categoría más de la teoría jurídica del delito. Uno de estos criterios está referidos a la parte interna del ser humano enfocados en su capacidad mental al realizar una conducta; es decir, se considerará acción en la medida que la persona realice un comportamiento en la plenitud de sus facultades mentales y sin intervención de factores externos; Los otros criterios para el análisis de la acción provienen de los patrones sociales que son preexistentes a la sociedad, entre los más generales tenemos a los usos y las costumbres; las máximas de la experiencia y la vía impuesta sobre algunos escenarios propios del Derecho Consuetudinario.

PALABRAS CLAVE

Teoría jurídica del delito, neurociencias, patrones sociales, acción penal, máximas de la experiencia.

ABSTRACT

The present investigation is about (deals with) the normative criteria of the negative phase of criminal action in the legal theory of felony, these criteria seek to rule out criminal action within the legal theory of crime; therefore, the need for recognition and action pre-exists as one more category of the legal theory of crime. One of these criteria refers to the internal part of the human being focused on his mental capacity at performing a behavior, in other words, it will be considered action as the person performs a behavior in the fullness of his mental faculties and without the intervention of external factors. The other criteria for the analysis of the action come from the social patterns that are pre-existing at society, among the most general we have the uses and customs; the maxims of experience and the path imposed on some scenarios of Customary Law.

KEYWORDS

Legal theory of crime, neurosciences, social patterns, criminal action, maxims of experience.

INTRODUCCIÓN

Según el artículo 11 del Código Penal Peruano, señala que “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. Respecto al artículo antes mencionado, este sienta como base de los delitos, a las acciones u omisiones; por otro lado, según la sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala permanente de 25 de agosto de 1999 (Expediente: 002528-1999) menciona que “Nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión (no hacer)”. La acción de este modo viene a ser identificado tanto por esa jurisprudencia, como por el código penal, desde una perspectiva ontológica y dentro de esta si existe una fase negativa como teoría jurídica del delito, las cuales son: movimientos reflejos, estado de inconciencia y fuerza física irresistible, la teoría jurídica del delito nos dice que cuando la acción está afectada en cualquiera de estos supuestos entonces no hay acción, no hay movimiento (esto visto desde un plano ontológico).

Si la dinámica jurídica en la teoría del delito responde a un análisis sistematizado de la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, respectivamente, como debemos saber estas categorías ostentan su fase negativa, las cuales serán analizadas con el fin de descartar el delito, al pasar la conducta ciertos filtros de cada categoría, corresponderá pasar a la siguiente categoría; es decir, si no existe fase negativa en la tipicidad corresponderá el análisis de la antijuridicidad y su aspecto negativo; entonces, si es la vía a seguir, si ese es la razón de ser, qué pasa con el concepto funcional de acción, ¿cuál es la fase negativa?, los criterios antes mencionado son ontológicos, por ejemplo la fuerza física irresistible ¿qué se entiende por ello?, que pasa con la fuerza física irresistible, ¿eso también funcionaría en un sistema normativo?, en años ningún autor que hable sobre el funcionalismo ha desarrollado una fase negativa de la acción desde una perspectiva normativa, solamente desarrollan el concepto de acción de una postura formal.

Para Roxin la acción es la creación de un riesgo jurídicamente relevante que lesiona un bien jurídico; por otro lado, para Jackobs la acción es la defraudación

de una expectativa especial, todos estos conceptos provienen desde la perspectiva funcionalista, entendidas desde el ámbito del deber ser y no de manera ontológica como lo hace el Código Penal Peruano. Sin embargo, estos autores si bien dan el concepto de acción normativamente, hacen su corte en este campo, sin generar una fase negativa de dicha acción, la pregunta es ¿cómo yo puedo generar el concepto negativo de la acción?, ¿cuáles son los supuestos?, el finalismo los tiene en su lógica ontológica, esas tres antes mencionadas en el primer párrafo, si se da alguna entonces no hay acción y punto, pero en el sistema funcional no hay una fase negativa de la acción, ¿cuáles serían entonces los criterios estandarizados?

En tal sentido si estamos viendo a la teoría del Delito desde una perspectiva normativista, es decir funcionalista, entonces la categoría jurídica de la acción no puede ser vista desde un concepto ontológico, sino normativo, y en tanto sea normativo al igual que las otras categorías es necesario el desarrollo de una fase negativa.

Es sabido que la teoría del delito en la actualidad responde a un sistema organizado que cuenta categorías normativas y cada una de ellas con filtros normativos, entonces si toda la teoría del delito es en punidad normativa la base de esta no puede ser vista desde una perspectiva ontológica, es decir la acción tiene que variar su concepción a un panorama normativo y dejar de lado las estructuras lógico-objetivas representada como un hacer o un dejar de hacer; y en tanto visto normativamente, al igual que las otras categorías jurídicas es necesario la aplicación de una fase negativa como lo existe en la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

El presente tema es escogido por la necesidad de tener un mayor alcance relaciona a la teoría jurídica del delito, así como tener un mayor conocimiento sobre las categorías jurídicas correspondientes a la mencionada teoría, debido a que en razón de ello se circunscribe el área de especialización que el autor quiere desarrollar.

Por medio de la presente investigación se pretende determinar de qué forma se debe dar la aplicación de los criterios normativos de la fase negativa de la acción penal en la teoría del delito desde una perspectiva funcionalista, a sabiendas que

dicho sistema responde a un conjunto de categorías jurídicas donde cada una tiene su fase negativa y la dinámica se desprende en hacer un control eficaz para tener certeza de que una conducta pasada por cada uno de estos filtros es o no considerada delito. Para ello se han tenido en cuenta desarrollar objetivos tales como, analizar la estructura de la acción penal en la Teoría Jurídica del Delito, determinar la relación entre neurociencias y acción penal y establecer los criterios normativos de la fase negativa de la acción penal; todo ello, con el fin de dar respuesta a nuestra hipótesis aquella en la que si, desarrollamos los criterios normativos de la fase negativa de la acción penal desde la tesis funcionalista; entonces lograríamos una eficaz aplicación de la teoría jurídica del delito.

CAPÍTULO I:

TEORÍA DEL DELITO, ACCIÓN PENAL, TEORÍAS DE LA ACCIÓN PENAL

1.1. Teorías del Delito

Para lograr ahondar en el tema central de este proyecto cabe la necesidad de entender la acción a lo largo de su evolución, para ello es menester en primer lugar conocer qué papel tiene la acción dentro de la teoría del delito y como ha sido su evolución a lo largo del tiempo, por ende, cabe preguntarnos ¿qué es la teoría del delito?, cuestión que será respondida desde la perspectiva de distintos autores.

Pariona, R y otros. (2015) empiezan definiendo al Derecho penal como aquel instrumento destinado a hacer un control jurídico-social, primario y formalizado, que responde a un sistema normativa el cual tiene como presupuesto el delito y como aquella consecuencia a su realización una pena o en su defecto aquella medida de seguridad. La legitimación de este sistema radica en la función abocada a cumplir en un Estado social, democrático de Derecho. Además, mencionan citando a Jakobs que éste bajo el pensamiento estructural funcionalista de la moderna sociología jurídica alemana, adecuo la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann dentro del Derecho Penal para crear un sistema normativo que pueda identificar que conductas son delito, es decir una teoría funcionalista del delito guiadas por el deber ser.

Para Chaparro (2011) la teoría del delito busca sistematizar de una manera lógica y fundamental aquellos elementos comunes que se presentan en todas las conductas merecedoras de sanción penal. La teoría del delito como sistema es claro que busca un orden para seguir al momento de calificar una conducta como delito, todas las categorías que asume esta teoría son netamente normativas, tales como la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, categorías que en tanto normativas crean en consecuencia establecer filtros normativos (fase negativa) para determinar si tal conducta puede pasar al posterior filtro y así demostrar si dicha conducta es o no un delito.

La teoría del delito reúne en un sistema los elementos que, en base al Derecho positivo, pueden considerarse comunes todo delito a ciertos grupos de delitos. La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática

del Derecho Penal. Ésta tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los principios básicos del Derecho Penal positivo y su articulación en un sistema unitario. La teoría del delito constituye un intento de ofrecer un sistema de estas características. No es, pues, fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito debería ser –no es una construcción iusnaturalista–, sino una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquel efectúa de éste. (Mir, 2016, p. 146)

Para la presente investigación la teoría jurídica del delito es entendida como un sistema normativo encargado de identificar qué conductas del ser humano encajan según el desarrollo de cada categoría normativa del delito; y para su total eficacia existe la necesidad de transformar todo el sistema en un sistema normativo, por ello es menester el cambio del plano ontológico de la acción en dirección al plano normativista; pues como lo dice Berner citado por Radbruch (2011) “la acción representa el firme esqueleto que define la estructura de la teoría del delito” (P. 103), si esto es así entonces si la teoría del delito responde a un sistema normativo, ¿porque su base sigue siendo ontológica?. Por su parte Jakobs citado por Montalegre (2003) señala que el sistema del Derecho penal no puede ser elaborado mediante la fundamentación ontológica, es decir que sus categorías no pueden responder a criterios del ser; tanto el injusto como la culpabilidad no se pueden desarrollar de las estructuras lógico-objetivas, ex ante, que vinculen de alguna forma la libertad de configuración del legislador. De ahí surge el dilema de cambiar la base de la teoría del delito (la acción) a un plano normativo y dejar de verla como un criterio ontológico es decir como un hacer o dejar de hacer.

1.2. Teorías que explican el delito

Para profundizar más en la teoría del delito es menester hacer referencia a su evolución en el tiempo, esto debido a que la teoría del delito ha sido distinta de acuerdo determinado momento histórico, pues, a modo que aparecían nuevos autores que desarrollaban más el campo del derecho penal, proponían nuevos modelos para la solución de problemas, puesto que los modelos iniciales

sostenían algunas deficiencias y no abarcaban todo el campo del delito, en base ello, surge la necesidad para nuevos autores de ver el derecho penal desde otro panorama; respecto a la teoría del delito son cuatro las teorías que hemos considerado para este trabajo las cuales son:

1.2.1. Sistema clásico del delito (teoría causalista)

La dogmática Alemana ha influenciada en demasía el derecho penal, tanto es así que muchas teorías del delito son propuestas por autores alemanes, una de las primeras teorías que tuvo su auge en el siglo XX es la teoría clásica del delito. Roxin (2001) afirma:

El sistema clásico de Liszt y Beling, que se convirtió en dominante a principios de siglo, que todavía es influyente en muchos aspectos en el extranjero y cuyas categorías básicas siguen teniendo vigencia también en la dogmática alemana actual, se basaba en la hipótesis de que injusto y culpabilidad se comportan entre sí como la parte externa y la interna del delito. En consecuencia, todos los requisitos objetivos del hecho punible pertenecían al tipo y a la antijuridicidad, mientras que la culpabilidad se concebía como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito (el denominado concepto psicológico de culpabilidad). Por consiguiente, el dolo se consideraba desde la perspectiva de esta teoría como forma de culpabilidad. (p. 198)

Esta teoría como se puede apreciar está marcada por dos fases, interna (representada en la mente) y externa (modificación de la exterioridad) del delito, otro de los puntos que se puede percibir de esta teoría es que hace una distinción entre los elementos objetivos y los subjetivos del delito, en lo que correspondencia a los objetivos se encuentra la tipicidad y la antijuridicidad y el elemento subjetivo está dado en la culpabilidad.

Respecto a las fases que antes mencionábamos tienen mucha implicancia dentro del delito pues en la fase externa tiene una correspondencia con el tipo y la antijuridicidad, que serán tomadas desde el punto de vista objetivo. Por último, en lo que corresponde a la culpabilidad en esta se analiza la fase interna es decir aquellos elementos subjetivos y psíquicos del agente.

Lo que caracterizó a esta teoría fue la concepción de acción que en ese momento tenían puesto que, conceptuaban a esta con términos onticos, es decir la acción era concebida como una manifestación corporal que modificaba el mundo exterior, esta manifestación y la modificación estaban unidas por un nexo causal que será mejor explicada en el punto sobre la teoría causal de la acción (3.1).

1.2.2. Sistema neoclásico

Según Roxin (2001) surge a consecuencia de reconocer que no en todos los casos se puede explicar el injusto con elementos meramente objetivos, y, que la culpabilidad tampoco puede desarrollarse solamente en elementos subjetivos, el ejemplo que desarrolla para dar a conocer este sistema está relacionado con el delito del hurto en el cual menciona que es necesario para la configuración de este delito el elemento anímico-interno del ánimo de apropiación, de una cosa mueble ajena, sin este ánimo-interno no se podría tan solo con la sustracción (objetiva) abarcar el modelo del hecho del hurto y el injusto del mismo, por ello la necesidad de los elementos subjetivos dentro del injusto, pues solo de esta manera podría configurarse el injusto como tal. Por otro lado, en lo que corresponde a la culpabilidad también requiere de elementos objetivos como es el caso del estado de necesidad exculpantes, es decir criterios objetivos que anulan la culpabilidad del agente (fase negativa de la culpabilidad).

Este sistema según el autor antes mencionado era influyente en los años 1930 y su mayor exponente era Mezger, que sostuvo la separación del injusto objetivo y culpabilidad, reconociendo algunas excepciones y buscando explicaciones para diferenciar el injusto de la culpabilidad. La diferencia menciona Roxin se halló al afirmar la valoración del injusto desde la dañosidad social y la culpabilidad desde la reprochabilidad, que a este último caracteriza en su concepto normativo.

1.2.3. Teoría del finalismo

Tiene como su máximo exponente a Hans Welzel quien parte su estudio conceptuando a la acción como un concepto ontológico y final, el contenido de esta teoría es filosófico teleológico en el que se tiene como base la actividad final, esta teoría partía en que las personas dentro de una sociedad pueden

proponerse fines, por lo tanto, estas pueden elegir los medios requeridos para la obtención de aquellos fines y ponerlos en movimiento a conciencia y voluntad.

Según Roxin (2001) lo que marcó a esta teoría fue el cambio en el concepto de acción, distinta a las demás concepciones sistemáticas, en esta teoría la esencia de la acción radicaba en que, mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de medios, el hombre puede controlar aquel curso causal guiándolo hacia un determinado fin. En este caso solo existiría acción si en el hurto la persona actúa con conocimiento y voluntad, es decir si la persona se apodera de un bien ajeno dolosamente. En esta teoría el dolo aparece considerado en el tipo penal cosa distinta a las teorías anteriores.

Roxin (2001) menciona que la acción en esa teoría finalista se basaba filosóficamente en las teorías ontológico-fenomenológicas, intentando poner realce a determinadas leyes estructurales que le corresponden al ser humano y transformarlas en el fundamento de aquellas ciencias que se ocupan del estudio de la persona. Para todo ello, si su concepción filosófica era la mencionada anteriormente, entonces era lógico utilizar un concepto antropológico y prejurídico como el que se tenía de acción para la base de la teoría general del delito y construir a partir de esa constitución ontológica un sistema.

1.2.4. Teoría Neoclásica finalista

Según Roxin (2001) en este sistema se buscó una síntesis de ambos sistemas que se encontraba entre los nuevos impulsos que se le deben al finalismo, y ciertas conclusiones a las que no se podían renunciar de la ciencia que estuvo determinada por el pensamiento valorativo y teleológico, la teoría neoclásica del delito. Esta teoría rechazaba el concepto final de acción, pero quiso asumir su consecuencia sistemática más importante, el traslado que habían realizado con el dolo al tipo subjetivo. El rechazo de la teoría final de la acción era sostenido porque esta acción estaba fundada en decisiones valorativas, y que en el caso de los controles del curso causal dirigido a un determinado objetivo no se ajustaba bien a los hechos imprudentes y a los delitos omisivos.

Sobre esta síntesis neoclásica-finalista se distinguía entre injusto y culpabilidad, viendo al injusto como el desvalor de la acción y a la culpabilidad como el desvalor de la actitud interna o el poder evitar.

1.2.5. Teoría del funcionalismo

Según Roxin (2011) esta teoría rechaza el concepto de acción visto desde el sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación de un sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas, sino que debería estar ligado exclusivamente por las finalidades del Derecho Penal. Menciona el mismo autor que Jakobs, en su manual, contradice a su maestro Welzel, pues menciona que los conceptos casualidad, poder, acción, etc., no tienen un contenido pre-jurídico para el Derecho penal y solo pueden estar determinados estos conceptos en la regulación jurídica.

Borja (2002) menciona que Jakobs parte de considerar la concepción de acción que tenía Hegel, referida a su sentido en referencia a la norma. Por ello menciona el autor que para Jakobs la acción es la objetivización del no reconocimiento de la validez de dichas normas, al parecer una simple expresión de sentido a través de la cual se da a conocer que la norma puesta en cuestión no es una máxima directiva para el autor; en esta teoría la acción no viene determinada por sus componentes exteriores como son el movimiento corporal o resultado, sino según su sentido en referencia a la norma y ese sentido se manifiesta en la causación de un resultado evitable.

Jakobs citado por Villa Stein menciona que la dogmática penal ontológica se quiebra, y ello más radicalmente de lo que nunca se ha constatado conscientemente. No sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros situada a inferior nivel de abstracción), a lo que la dogmática penal ha atribuido expresamente una esencia o –más descoloridamente– una estructura (lógico-objetiva, pre-jurídica), se convierten en concepto de los que no cabe decir sencillamente nada sin tener en cuenta la misión del derecho penal, sino que incluso el concepto de sujeto al que se le imputa se manifiesta como un concepto funcional (Villa Stein, 2008, p.257)

Al igual que la concepción de Jakobs se analiza que la teoría del delito no puede sentar sus bases en estructuras lógico-objetivas, sino que estas deben estar en base a una categoría que también sea normativa, por ello la acción debe dejar de lado el sentido ontológico y pasar a ser desarrollado por el Derecho Penal, tal igual que las otras categorías normativas de la teoría del delito (tipicidad,

antijuridicidad, culpabilidad). Siendo así entonces se pasará a analizar el concepto de acción y a sus teorías con miras a obtener un mayor panorama sobre la acción en el Derecho Penal.

1.3. La Acción en el Derecho Penal.

1.3.1. Concepto de Acción

Para efectos de esta investigación, en principio lo que se tratara de proporcionar es un concepto de acción desde el punto de base normativo, asimismo con ello lograr plantear los criterios normativos de la fase negativa de la acción desde ese panorama normativista, sin embargo para ello existe la necesidad de analizar el concepto de acción desde la perspectiva de varios autores, pues para unos no es lo mismo, esto debido a que varios autores tienen su concepto a partir de distintas teorías del delito. Antes de pasar a revisar las teorías de la acción lo primero que se hará es analizar el concepto de acción de distintos autores.

Para Chaparro (2011) la acción constituye la base de todo el sistema de la teoría del delito y a su vez permite legitimar el Derecho penal de acto, este exige que no pueda ser nunca un delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera las resoluciones de delinquir, en tanto y en cuanto no se exterioricen. El mismo autor menciona que las críticas a la concepción ontológica que tiene la acción trajeron como consecuencia un cambio en la estructura metodológica de la misma. Afirma también que en los tiempos modernos la dogmática penal ha reverdecido la polémica sobre la acción preguntándose si esta proviene de estructuras previas al Derecho Penal o si es la consecuencia de apreciaciones normativas creadas en razón a la capacidad científica de quien las observa. Por otro lado, citando a Jakobs menciona que para este autor la acción es “la causación evitable de un resultado”; y la omisión, “no evitación evitable de un resultado”.

Asimismo Villa Stein (2008) menciona que la acción o como él llama la “conducta humana” es regulada por el derecho penal, el cual, selecciona del universo un determinado número de conductas que son previstas como tipos penales en la parte especial que son relevantes por haber transgredido normas protectoras de determinados bienes (bienes que el derecho penal considera es necesaria su protección, pues se recordará que el Derecho Penal es siempre la *última ratio*, es decir a lo último que se puede recurrir para solucionar un problema, esto

debido a que es tan estigmatizante) o con la finalidad de prevenir el daño social que determinada racionalidad política criminal ha decidido tutelar. Agrega, además, que este concepto de acción no puede estar delimitado por las estructuras lógico-objetivas del concepto de acción sino de condicionamientos de la función de las normas penales. Es decir que el concepto debería obedecer a un sentido deontológico explicado por el deber ser, quedando delimitado para el caso en concreto por el derecho penal. Posteriormente, Jescheck citado por Villa Stein (2008) afirma que la acción es, por ello, comportamiento socialmente relevante. El significado de acción de Jescheck es interesante pues parte del comportamiento de una persona en una situación determinada en relación con el principio de mínima intervención del Derecho Penal, es decir que al Derecho Penal le interesa las conductas que sean relevantes para la sociedad, este comportamiento recogería además las conductas omisivas.

Según Mir (2016) en la esfera del Derecho Penal el concepto de acción o comportamiento no puede estar conformado por la admiración de la realidad manifestada por hechos humanos, sino que este concepto depende de las exigencias otorgadas por el Derecho Penal y no por las estructuras ontológicas del ser; es decir, que este concepto de acción debe provenir de una concepción normativista y no ser considerada como un hacer o un dejar de hacer según las estructuras lógico-objetivas. Al igual que muchos autores Mir Puig piensa que es necesario el cambio en el concepto de acción, al menos tal cual como es concebida en el Perú, pues el Código Penal Peruano es netamente finalista y parte conceptuando a la acción como un hacer o un dejar de hacer, es decir una concepción ontológica; es eminente el cambio pues si en la actualidad la teoría del delito está siendo manejada desde criterios totalmente normativistas porque la base de esta teoría del delito sigue siendo ontológica.

Jakobs citado por Rodríguez (2013) menciona que el concepto de acción no solo debería sustentar el comportamiento humano sino también el de las personas jurídicas, porque el Derecho penal no juzga acciones, sino aquellos sujetos de responsabilidad y para este efectivamente las personas jurídicas son sujetos pasibles de responsabilidad. Como en el primer párrafo se mencionaba Jakobs conceptúa la acción como “la causación evitable de un resultado” entonces lo

que se debe ver ese concepto de acción es la capacidad de responsabilidad pues se habla de un resultado, además si es el Derecho Penal quien debe conceptualizar a la acción porque no poner dentro de estos sujetos con capacidad de acción a las personas jurídicas.

A raíz de lo expuesto consideramos que la acción no puede seguir siendo considerada en un sistema normativo desde un plano ontológico, pues la base de un sistema normativo no puede seguir la línea de una estructura lógico-objetiva, por ende existe la necesidad de desarrollar la acción desde el plano normativista, es decir, desde el deber ser, para de esta manera generar un eficaz control del sistema jurídico dónde cada categoría jurídica tenga su fase negativa y se asegure una correcta imputación.

1.3.2. La acción como base de la teoría del delito

Tenemos entendido que la teoría del delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, además que esta teoría se encuentra sistematizada de tal forma que para analizar un delito debe empezar de izquierda a derecha según este concepto, por tanto, encontramos como punto base de la teoría del delito a la conducta o acción.

El concepto de acción adquiere una relevancia decisiva para la estructura del delito, solo una vez que se puede admitir que le compete una función de clasificación, definición y comunicación. Esto quiere decir que tal concepto debe ser adecuado para comprender todas las formas de conducta penalmente relevantes y para servir de base a las diversas etapas de la estructura del delito, sin anticipar las respectivas funciones especificadas de estas etapas. En esta medida es posible describir al concepto de acción como un elemento básico de la estructura del delito. (Maurach y Zipf, 1994, p. 250)

Para Donna (2008) La teoría del delito en el fondo, es una teoría de la imputación de la acción, es decir lo que busca es determinar si la conducta de un sujeto por acción u omisión debe ser imputada objetiva y subjetivamente; el inicio o el punto de partida de la teoría del delito se da en la acción, esta es la base o el cimiento del cual se va a constituir la teoría del delito, a la que se le agregan ciertas categorías propias del Derecho Penal como lo son la tipicidad, antijuridicidad y

la culpabilidad, las cuales determinarían si la conducta después de pasar ciertos filtros negativos de cada categoría es delito o no. Lo que no debemos olvidar es que estas últimas categorías como ha mencionado han sido desarrolladas por el Derecho Penal y no provienen de las estructuras lógico-objetivas, su contenido ha sido hecho por el Derecho Penal.

Si se aprecia del párrafo anterior que la acción es la base de la teoría del delito entonces esta debería responder tal igual que las otras categorías o etapas de esta estructura del delito a conceptos normativos, es decir, esta debe ser desarrollada por el Derecho Penal. Por ejemplo la tipicidad es concebida según Muñoz (1996) como aquella adecuación de un hecho en la realidad a un supuesto de hecho representado en una ley penal, asimismo la antijuridicidad concebida según Jescheck (1993) como la conducta que es contraria a derecho, es decir de la valoración de la conducta no bastará que se encuentre dentro del marco de la tipicidad sino que dicha conducta sea contraria al ordenamiento jurídico en su plenitud y no exista de tal forma una causa que justifique esta antijuridicidad; por último la culpabilidad que es definida según Jiménez de Asúa (1990) como aquel conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal del injusto penal, esta reprochabilidad del delito se configurará si el autor que produce esta acción lo hizo con consciencia y voluntad o si es que este no se encuentra dentro de un supuesto de justificación exculpante; todos estos conceptos de varios autores provienen del deber ser, es decir son normativos, sin embargo la acción que es la base de esta teoría jurídica del delito sostiene un concepto ontológico, que incluso al igual que las otras categorías tiene su fase negativa, pero vista desde el aspecto ontológico, que será desarrollada en el próximo punto; en base a ello si hablamos de categorías normativas todas deberían ser normativas, más aún la base de ellas.

1.3.3. La ausencia de la acción desde la tesis finalista

Según Villavicencio (2010), existe falta de acción cuando no hay por parte del individuo voluntad para la consecución de un objeto material; es decir, si la persona no tiene ese impulso mental basado en la voluntad con miras a la consecución de un hecho en concreto este no será considerado como acción.

Existen algunos supuestos en los que se constata la ausencia de un comportamiento humano. Estos supuestos se caracterizan por cumplir la función negativa a la que nos referíamos precedentemente, aunque no se encuentran regulados en el texto del Código Penal, justamente porque el Código Penal no puede dirigirse a esas conductas. Todas ellas tienen en común que el sujeto no realiza una acción voluntaria. (Berdugo y otros, 1996, p. 113)

Para esta fase negativa de la acción penal desde la perspectiva finalista existen tres supuestos que son reconocidos normativa, como doctrinariamente los cuales son la fuerza irresistible, movimientos reflejos y el estado de inconciencia, dichos supuestos van a ser desarrollados a continuación.

1.3.3.1. Fuerza irresistible

Este supuesto se encuentra regulado en el Código Penal en el inciso 6 del artículo 20 del Código Penal en el cual se establece que están exentos de responsabilidad penal “el que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza”.

Villavicencio (2010) menciona que: “Fuerza física es aquel estímulo externo, extraño al agente, que le genera un movimiento involuntario.” (p. 273). De la concepción sacada de Villavicencio se entiende por estímulo externo a aquella que se encuentra fuera de órbita de la voluntad del agente que genera el movimiento, siendo que esta puede provenir por otro agente manifestándose en una conducta humana o por la naturaleza. Por ejemplo:

- X empuja a Y, de tal forma que este al caer aplasta a un recién nacido causándole la muerte.
- Y en el momento que está bajando las escaleras se produce un sismo y cae sobre N (un niño).
- X y Y sostienen a la fuerza a C para que no socorra a su hermano.

Asimismo, Villa Stein (2008) hace alusión a que esta fuerza irresistible debe suprimir por completo la voluntariedad del agente; es decir, para que el Derecho Penal no considere esta conducta sancionable penalmente, la voluntariedad del

agente debe ser mermada por esta fuerza irresistible la cual hace actuar al agente de modo tal que no pueda evitar por voluntad dicho resultado.

Mir (2016) menciona que la cantidad de la fuerza deberá suprimir por completo la voluntariedad para que se pueda configurar un supuesto de falta de acción por fuerza irresistible, de lo contrario, si el sujeto actúa por voluntad antes de que se vea forzado a ello, no podrá estar exento de ser el causante por acción del resultado lesivo, salvo que este actuase con un miedo insuperable; es decir, bajo amenaza de la *vis moral* que en este caso es la intimidación que recae sobre la mente. Asimismo, el autor refiere que en el caso del hipnotismo puede calzar en dos supuestos de ausencia de acción como es el caso del hipnotismo que origina un delito espontáneamente que da como consecuencia una falta de acción por un estado de inconciencia y el hipnotismo provocado por un tercero para delinquir en este caso la falta de acción sería tanto por fuerza irresistible como por un estado de inconciencia.

1.3.3.2. Movimientos reflejos

Para Villavicencio (2010) Estos movimientos son realizados por el agente sin intervención de su voluntad, es decir, que en este caso los centros motores son estimulados directamente por la captación de estímulos exteriores percibidos por los centros censores. Por ejemplo:

1. X se quema el brazo al contacto con una tetera hirviendo y mecánicamente la suelta y el agua hirviendo cae en la pierna de Y causándole quemaduras de grave consideración.

Villa Stein (2008) menciona que también son considerados movimientos reflejos carentes de acción penal, los reflejos erráticos que provienen de una enfermedad nerviosa como la epilepsia o el mal de corea, etc., o los vómitos o convulsiones, y nos ejemplifica el caso de una persona que en el momento en el que se le da un jarrón de colección a este le empieza a dar un ataque de convulsiones por lo que se le cae el jarrón quebrándose en pedazos este estará exento de responder por el delito de daños pues aquel supuesto carece de acción.

Mir (2016) hace mención que los supuestos de paralización momentánea deben estar contenidos dentro de los movimientos reflejos ya sean estas por una

impresión física o psíquica, sin embargo, estas deben estar limitados en razón a que supongan la imposibilidad de reacción por parte del sujeto; de lo contrario, si el sujeto tiene la capacidad de controlar mediante ejercicio esta acción entonces estaríamos frente a un caso imprudente de retraso de acción. Por ejemplo, el sujeto que maneja un coche y se le presenta una situación de peligro repentinamente su reacción errónea no configurará como ausencia de acción puesto que tuvo la capacidad de controlar por ejercicio la acción.

Ferré y otros (2010) Los llamados actos cortocircuitos son aquellos en los que la voluntad aparece, aunque sea de forma efímera o instantánea por lo cual no parece fácil excluirlos del concepto de acción y como mucho la discusión se podrá plantear en sede de culpabilidad. Ejemplo: el sujeto que se asusta mientras sostiene un arma y dispara la misma alcanzando a un tercero. (p. 226)

En los actos cortocircuitos se puede apreciar que sí existen algunos parámetros de control de la voluntad, aunque esta sea efímera, y como se ha planteado la ausencia de acción implica una falta total de voluntad por parte del agente, por ende, en el caso esbozado se debe ver si el sujeto es imputable o no en la sede de culpabilidad.

1.3.3.3. Estado de inconciencia

El estado de inconciencia representa otra de las fases negativas de la acción penal vistas desde la perspectiva finalista del Derecho penal. San Martín citado por Rimarachin menciona:

La función negativa cumple su rol de excluir aquellas acciones que no cumplen con las características mínimas de dependencia de la voluntad o mejor dicho, por no haber sido dominadas, o no ser dominables por la voluntad del sujeto. La involuntariedad, según Zaffaroni, es la incapacidad psíquica de conducta, es decir, el estado en que se encuentra el que no es psíquicamente capaz de la voluntad. (P. 15)

Según Villavicencio (2010) en el estado de inconciencia como fase negativa de la acción el agente se encuentra con las funciones mentales alteradas, es decir, el agente se encuentra en un estado de inconciencia, en este supuesto se

encontrarían por ejemplo las personas que sufren de epilepsia, aquellas que se encuentran en un estado de ebriedad absoluta, o en sueños producidos por de narcóticos, etc.

Asimismo, para Villa Stein (2008) “No se da acción desde el punto de vista jurídico penal, cuando el protagonista se encuentra en estado de inconciencia natural, por sueño o sonambulismo, o en estado de inconciencia inducida por sustancias tóxicas diversas.” (p. 274)

Mir (2016) menciona que los supuestos más importantes respecto a esta ausencia de acción son tres, el hipnotismo, sueño y la embriaguez letárgica. Respecto al primero se tiene dos opiniones basadas en la escuela de Nancy que afirma la posibilidad de sugestión de delitos en estado de hipnotismo y la escuela de París que niega tal posibilidad. En el derecho penal peruano cabe destacar que se admite la ausencia de acción por hipnotismo. Por otro lado, en relación al sueño este solo puede ser considerado como ausencia de acción si no se opone al principio de la *actio liberi in causa*; es decir, que si el agente se puso en ese estado o tuvo la posibilidad de evitar este ilícito a sabiendas de que podría caer en ese estado esta si se considerará como una acción para el Derecho Penal, la cual será tomada a título de imprudencia como es el caso de aquel conductor que a sabiendas que no ha dormido bien el día anterior decide trabajar y en plena conducción de su vehículo se queda dormido y genera un accidente. Finalmente, se encuentra la embriaguez letárgica que respecto al Derecho Penal peruano es considerado como la embriaguez absoluta que es un estado en el que el agente actúa de manera inconsciente provocando que no ser capaz del control de su cuerpo e incluso, en algunos casos, de sus esfínteres, por ello, cualquier supuesto en este estado es carente de acción en sentido penal, asimismo respecto a este supuesto de debe tener en cuenta el principio de *actio liberi in causa*, pues, aquellas personas que se ponen en este estado para cometer ilícitos no tienen el mismo tratamiento de impunidad.

1.3.3.4. *Actio libera in sua causa*

Como se puede apreciar si se cae en alguno de los supuestos de los puntos anteriores, desde la tesis finalista, no habrá acción (jurídico-penal) que pueda acarrear una responsabilidad penal en el sujeto; sin embargo, si esta falta de

acción ha sido provocada dolosa o imprudentemente por una conducta anterior del propio sujeto ¿qué es lo que sucedería? Según Lunzón (2016) en los casos en que el sujeto se ponga en ese estado de inimputabilidad de modo doloso o imprudente responderá por el delito que haya cometido en ese estado; a modo de ejemplo se puede decir que en aquellos casos en los que una persona X se auto-ponga en estado de inconciencia por el consumo de algún estupefaciente con la finalidad de tener valor para robar un banco, este responderá penalmente; del mismo modo, aquel chofer que siente los síntomas de fatiga o sueño y continua manejando (acción imprudente) provocando posteriormente un accidente, este responderá penalmente.

En estos casos cuando hay una exclusión de la acción es el Juez quien tiene la facultad y es más el deber de determinar la responsabilidad penal del sujeto, analizando la conducta previa mediante la cual pudo colocarse en ese estado el sujeto, pues si bien no hubo acción al momento de que el sujeto lleva a cabo una conducta tipificada, existe una conducta anterior a esta que permitirá analizar con mayor certeza la responsabilidad que pueda tener el imputado.

1.3.3.5. Problemática de las personas jurídicas

El concepto de acción tomado desde la tesis finalista como lo es en nuestro código penal peruano deja entrever que las personas jurídicas en este caso no podrían accionar, pues, acción es concebida como un hacer o un dejar de hacer (facultad psíquica de la persona individual), sin embargo, una persona jurídica desde esta perspectiva no podría accionar por la carencia de voluntad.

Villavicencio (2010) menciona que es distinta la “voluntad” que emana de una entidad (persona jurídica) a la voluntad de una persona humana, esto en razón a que la voluntad en sí es concebida como un atributo humano para decidir con libertad lo que se desea o no; mientras que una persona jurídica no puede decidir por carecer de esta voluntad, sino sus acciones se ven manifestadas por las voluntades de sus representantes que son personas naturales.

Respecto a las personas Jurídicas se debe mencionar que estas según la jurisprudencia no poseen capacidad de conducta en razón al principio “*societas delinquere non potest*”, así lo establece según Anónimo (2001) la Ejecutoria

Suprema de fecha 24 de octubre de 1997 Exp. 3963-1996 Ancash en el que se recoge lo siguiente:

la persona jurídica no posee capacidad de conducta de acuerdo con el “*principio societas delinque non potest*” recayendo en todo caso dicho atributo solo en las personas naturales; no pudiéndose instaurar proceso penal contra el encausado (...) e hijos, debiendo identificarse en todo caso a la persona que actuó como órgano de su representación, o como socio representante autorizado por ella. (p. 45).

Esto evidencia que la jurisprudencia tiene un corte finalista, en el cual la acción se encuentra delimitada por las estructuras lógico-objetivas, siendo que en el presente caso se entiende que las personas jurídicas por no tener voluntad por sí misma los actos que ella emita no pueden ser consideradas como acción con connotación penal.

En nuestro código penal peruano a pesar de que se considera que la persona jurídica no puede actuar personalmente, ello no significa que esta esté exenta de responsabilidad, por el contrario, el código penal establece cuales son las medidas aplicables a las personas jurídicas según el artículo 105 del Código Penal Peruano:

Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

5. Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.

Asimismo, el código penal también establece los criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas establecidas en su 105-A del Código Penal Peruano:

Las medidas contempladas en el artículo anterior son aplicadas de forma motivada por el Juez en atención a los siguientes criterios de fundamentación y determinación, según correspondan:

1. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
2. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
3. La gravedad del hecho realizado
4. La extensión del daño causado.
5. El beneficio económico obtenido con el delito
6. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
7. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

Entonces no queda vacío el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas cuando sus actividades son utilizadas para fines ilícitos, sin embargo, ello solo cubre el tema de la responsabilidad de la persona jurídica, dejando de lado la problemática de si existe o no acción en ese empleo de actividades de la persona jurídica.

1.4. TEORÍAS DE LA ACCIÓN PENAL

1.4.1. Teoría de la acción causal o natural

Según Chaparro (2011), los lineamientos de la teoría clásica se basaban en lo empírico y lo experimental. La teoría del delito era vista desde una perspectiva de las ciencias naturales. Según esta teoría, la acción humana es de contenido ontológico, es decir, acción era expresada como mecanismo de la voluntad, como movimiento que produce una alteración en el mundo exterior. Para tal

alteración causal del mundo exterior, debería bastar cualquier efecto en el mismo. Desde esta teoría se podría afirmar que cualquier acción generada por una persona podría tener responsabilidad penal cuando por causa de esta se ha cometido un delito. Por ejemplo, quien atropella a alguien y causa su muerte, no solo el autor directo sería culpable del delito, sino también quien fabricó el carro con el que atropellaron a dicha persona o también sería considerado como culpable quien vendió el carro porque esta teoría lo que mira es el entorno causal.

El concepto causal naturalista constituye en la dogmática alemana el pilar del esquema clásico del delito, cuyas bases sentaron von Liszt y Beling. Para von Litz, la acción (positiva) era: 1) un movimiento corporal; 2) causado por un impulso de voluntad; movimiento que, a su vez, 3) causa de una modificación del mundo exterior. El núcleo esencial de este concepto era la categoría de la causalidad. (Mir, 2016, P. 189)

Asimismo, Jakobs (1997) menciona que la teoría causal de la acción sería un proceso causal, siempre y cuando se le pueda atribuir este proceso a una voluntad humana, sin importar el contenido de esta, relacionada específicamente a aquel movimiento corporal voluntario; es decir, al manejo de los músculos por la mente, mediante el sistema nervioso motor.

Para Lunzón (2016) el concepto causal de acción se entendía como impulso de la voluntad que genera un movimiento corporal que supone la causación de una modificación perceptible del mundo exterior, es decir, de un resultado. Tal resultado que normalmente se producirá consistirá en una consecuencia causada en el exterior por el movimiento corporal y distinta a éste. (p. 235)

Jescheck (2002) alude que desde la perspectiva causalista la concepción de acción no podría distinguir el contingente principal del delito, esto debido a que los procesos causales, no comprenden la esencia de la atención que guía a las acciones. Además, agrega el autor que el concepto causal de acción no permite recoger a la omisión, pues esta consiste en la falta movimiento corporal producido por la voluntad.

Asimismo, Bacigalupo (2006) menciona que la crisis de la teoría causal en tanto era considerada como un supuesto de intervención sobre el mundo exterior no abarcaba la omisión, pues una omisión desde la teoría causal de la acción no implicaba una intervención, sino una no intervención, dejando demostrada la imposibilidad de un concepto que abarque tanto las comisiones como las omisiones dentro del concepto de acción.

Para Roxin (2001) el concepto natural de acción tiene una función delimitadora, excluyendo de tal modo las actividades realizadas por personas jurídicas o animales, pero no solo excluye eso, sino, también excluye los pensamientos y las consecuencias de meras “excitaciones sensoriales”. Asimismo, refiere el autor que esta concepción no es idónea como elemento básico debido a que no puede demostrar la omisión en razón a la falta de tensión creada por la voluntad de las personas.

Según Villavicencio (2010) “una de las críticas más importantes contra este concepto causal de acción es, precisamente la división entre acción y voluntad” (p. 280). En referencia a lo mencionado en esta teoría no se consideraba la voluntad como aquel resultado elegido previamente, sino como un acto de voluntad cualquiera. La acción entonces se sustentaba en la existencia de proceso causal desencadenado creado por una voluntad cualquiera.

1.4.2. Teoría de la acción finalista

Mir (2016) menciona que el concepto final de acción surgió como resultado de un giro metodológico jurídico basado en la aplicación del método fenomenológico y ontológico del Derecho Penal que llevó a un cambio de un concepto causal por un concepto final de acción, que fue desarrollada por Welzel.

La acción concebida por Welzel estaba relacionado a la ontología, esta representaba un hacer o un dejar de hacer, pero en esta acción no solo importaba el curso causal, sino que además como punto de referencia para que esta se configure debería estar el acontecimiento finalista Welzel (2014) se basaba en que el hombre conocedor del curso causal puede de alguna forma predecir las posibles consecuencias de su conducta, la cual la ejerce mediante la proposición de objetivos distintos y la voluntad de realizar determinada conducta producida en la mente mediante la ideación de un plan.

Para Chaparro (2011) la acción vista en esta teoría es considerada como una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto. Es decir, serán consideradas acciones las que conlleven a generar un resultado. En esta teoría hay un cambio al estructurar la tipicidad; pues el dolo estaría en la acción (final). La finalidad en esta teoría está basada en que la persona, gracias al saber causal, puede predecir, dentro de algunos límites, las posibles consecuencias que se originarían por su conducta.

Jescheck (2002) señala que la acción, desde esta perspectiva, deja de ser producto solo del devenir causal conducido por la psique de la persona, sino que este devenir este dirigido a un fin. La finalidad en esta teoría está regida por el conocimiento de las personas para prever dentro de ciertos límites las consecuencias que puede acarrear su intervención causal.

Para Villavicencio (2010) la finalidad en esta teoría está marcada por una voluntariedad distinta a la concebida en la teoría causal, pues, esta voluntad debe estar orientada a un determinado resultado querido, es decir, que la solo habrá acción en según esta teoría si la voluntad del agente está dirigida la consecución de determinadas consecuencias queridas.

Por su parte, Roxin (2001) señala como una de las críticas hechas a la teoría finalista de la acción la relacionada a que tampoco en esta se acomoda la omisión, debido que el omitente no es causal respecto del resultado y por ello no está dirigiendo ningún curso causal; por lo tanto, tampoco puede actuar de modo final.

1.4.3. Teoría de la acción social

Esta teoría tiene su origen a inicios del siglo XX, con la finalización de la segunda guerra mundial, asimismo Reátegui (2016) afirma:

El concepto social de la acción se inicia por Schmidt en 1932, sin embargo, sus orígenes deben ubicarse en la época anterior a la teoría final de la acción, pero sólo en los últimos veinte años ha adquirido significación, de tal modo que históricamente en cuanto a sus efectos debe ordenarse tras el finalismo. (p. 758)

Según Villavicencio (2006) este concepto surge en razón a la excesiva influencia del naturalismo, lo que buscó esta concepción es tratar de depurar el concepto causal de acción que estaba relacionado con la voluntad de las personas. Esta concepción según Villavicencio es normativa, y trata de alejar como ya se mencionó las formas ontológicas remitiéndose a las normas y usos sociales para delimitar lo que tiene relevancia o trascendencia social de lo que no tiene. Asimismo, el autor cita a Jescheck señalando que este concibe a la acción como el “comportamiento socialmente relevante”. Entonces este considera que un comportamiento tendrá relevancia socialmente hablando, si este atañe en la relación del individuo con aquel mundo que lo rodea y lo afecta por sus consecuencias. El autor señala algunas críticas a esta concepción las cuales están circunscritas en la imposibilidad de dar un concepto preciso de la relevancia social de la conducta y la inutilidad práctica; con este concepto social no se puede cumplir la función delimitadora por lo que tendría que recurrir a características de otras teorías.

La teoría social de la acción entiende que la única forma de encontrar un concepto de acción común a los delitos dolosos, los culposos y los de omisión, es remontarse a un denominador común que pueda aglutinar las distintas modalidades de comportamiento que dan lugar a cada una de aquellas clases de delitos. Ese denominador común no puede hallarse en el ámbito del ser, puesto que en él se contraponen dos categorías ontológicamente irreconciliables: la finalidad (ejercicio de actividad final) y la no utilización de la finalidad cuando podía tener lugar y era separable. (Mir, 2016, p. 193)

Lo que buscaron estos autores en la teoría social de acción es un Supra-concepto de acción que pueda contener dentro, toda forma de comportamiento humano que resulte de alguno modo relevante en el marco social, obviamente ese concepto no podía hallarse por consideraciones ontológicas, pues la omisión no es en sí misma finalidad, por ello, al considerar a la acción como un comportamiento socialmente relevante, integran a la omisión dentro de la acción, pues, un comportamiento omisivo en este caso supone una posibilidad de reacción manifestada en la libertad del individuo, y este comportamiento omisivo tendrá implicancia penal en cuanto sea relevante para sociedad.

Por su parte Donna (2008) manifiesta que de los distintos conceptos sociales de acción que hubiera estos siempre presentarían dos características:

- a) Se abandona la perspectiva “individual” de la acción, es decir, se trata de analizar el problema de la conducta, no ya desde la perspectiva de la actuación individual del autor, sino más bien de acuerdo con el significado “social” del comportamiento. Dicho de otro modo, se afirma que tanto la teoría causal como la final habían analizado la acción humana de acuerdo con su significado “individual”. Es decir, mientras el causalismo toma en cuenta lo que ha implicado desde el punto de vista “objetivo” esa conducta (la objetiva puesta en marcha de la causalidad), como exteriorización de la voluntad final del autor. En cambio, los conceptos sociales pretenden analizar la conducta humana en una dimensión social. (p. 146)
- b) La otra característica principal de estas teorías es que en el concepto de acción se introducen elementos de carácter valorativo o normativo, que implican abandonar su naturaleza neutral. Se trata de referencias a ciertas exigencias como “previsibilidad”, “dominabilidad” o “relevancia social” del comportamiento. No obstante, es importante aclarar que no se puede hablar de una auténtica teoría social de la acción, sino que se trata de un conjunto de conceptos que presentan ciertos matices similares, aunque también difieren uno del otro. (p. 146)

Naucke (2006) menciona que la teoría social de la acción a la fecha no se encuentra totalmente construida como lo está la teoría causalista o la teoría finalista de la acción. Ello se debe a que ha intentado aglomerar lo mejor de ambas teorías (causalista y finalista de la acción). Por ello, también las consecuencias de la teoría social de la acción para el sistema del hecho punible se encuentran menos perfiladas que las consecuencias de la teoría finalista de la acción. Cabe precisar que esta teoría social de la acción se puede conectar tanto al sistema final como al causal.

1.4.4. Concepto personal de acción

El concepto personal de acción está desarrollado desde la perspectiva de la expresión de la personalidad, esta teoría tiene como mayor representante a Roxin, hay otros autores como Villavicencio (2010) que también da su explicación sobre esta teoría:

Esta concepción personal de acción está reflejada en la propuesta de Kaufmann (1966) quien la define como la objetivización de la persona, y en Rudolphi como su teoría de la atribución personal (1987). Sin embargo, ha sido Roxin quien ha divulgado una definición de acción ajustada a sus funciones, entendiéndola como una “manifestación de la personalidad (p. 288)

Hurtado (2005) menciona que Roxin ha propuesto un concepto personal basado en la expresión de la personalidad, considerándose de tal modo acción a todo suceso que pueda ser atribuido a una persona que ostente todas sus capacidades mentales, es decir, aquellas personas que no tienen control de la instancia psíquica y espiritual; o se mueven en el plano de lo instintivo, somático, material del individuo; los sucesos realizados por estas personas no se les considerará como acción (jurídico-penal), tal igual que las ideas o deseos que pertenecen a la psique de una persona mientras estas no se hayan exteriorizado.

Respecto al párrafo anterior se entiende que Roxin plantea un concepto de acción en el cual se le atribuirá responsabilidad al ser humano como centro anímico-espiritual, es decir, en razón de que el ser humano pueda controlar ese “yo” de las instancias conductoras de lo anímico-espiritual del ser humano. Sin embargo, Lunzón (2016) menciona:

El contenido de la “manifestación de la personalidad” al exterior ha de concretarse más, precisamente en el sentido de las últimas formulaciones del concepto causal de acción como manifestación de voluntad humana al exterior, que a su vez puede consistir en una conducta humana activa – movimientos. O, más raramente, pasiva -inmovilidad- impulsada, ordenada por la voluntad. (p. 247)

Es decir, Para Lunzón lo importante del concepto personal de acción será la voluntad humana y existirá acción cuando este movimiento o aquella inmovilidad han de ser ordenados y controlados por la voluntad humana.

1.4.5. El concepto de la acción de Jakobs

Villavicencio (2006) menciona que el concepto de acción según Jakobs es “la causación del resultado individualmente evitable” (p. 254); desde este punto de vista menciona el autor lo que hace Jakobs trato de hacer es un supra-concepto de acción que englobe tanto el actuar doloso como el imprudente. Dentro de este la omisión presupone la evitabilidad de una manera inversa a la que presenta la acción definida como la evitación evitable de un resultado.

Montalegre (2003) menciona que para Jakobs, el Derecho Penal cumple una función social de proteger la vigencia de la norma y no de los bienes jurídicos, esta posición es meramente normativa, Jakobs sostiene que las categorías dogmáticas no pueden hacerse en base de una fundamentación ontológica del Derecho; sino, que en esta teoría el contenido de los elementos de la teoría del delito depende de aquellos fines y funciones que le asigne el Derecho Penal para garantizar aquella identidad de una sociedad. Se trata de un concepto normativo edificado con total independencia de la naturaleza de las cosas. Por tanto, en esta teoría sustentamos este trabajo debido a que este funcionalismo normativista de alguna forma intenta sostener una teoría jurídica sistematizada dónde la acción se aparte de las estructuras lógico-objetivas ya que siendo esta el pilar de la teoría del delito esta no debe seguir siendo vista desde el plano ontológico.

Asimismo, siguiendo la vertiente Jakobsiana señala García (2008) que la acción jurídico –penal parte de la idea de en la cual la acción no constituye algo ya determinado empírico u ontológico, esta no puede basarse en el ser; sino, que esta debe tratar de una construcción conceptual realizada desde el Derecho Penal; es decir, como una manifestación normativa vista desde el deber ser. El mismo autor refiere que el punto central para definir a la acción jurídico-penal se encontrará, por tanto, en precisar los criterios específicos de la determinación de la defraudación de expectativas penalmente relevantes.

De esta manera se puede decir que la teoría funcionalista planteada por Jakobs es aquella que significa para este proyecto el punto de partida, pues busca darle un sentido unitario a la teoría jurídica del delito, cambiando la perspectiva de acción de las estructuras lógico objetivas hacia lo normativo, es decir que la

acción no es un concepto preexistente cuando se refiere al Derecho penal, pues esta no debe obedecer a criterios onticos, sino debe obedecer a criterios normativos establecidos por el mismo Derecho Penal y en consecuencia a ello si consideramos que la acción es una categoría normativa, ello acarrearía la implementación de una fase negativa, tal igual que las otras categorías que corresponden a la teoría del delito como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

El concepto de acción a utilizar en este trabajo será el concepto de Jakobs, conceptuando a la acción la causación del resultado individualmente evitable Jakobs citado por Borja:

La acción, por tanto, es expresión de un sentido. Esta expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dirigida a evitar las consecuencias (Jakobs citado por Borja, 2010, p. 23)

Este concepto de acción de Jakobs intenta cumplir un rol generalizador del concepto de acción, logrando abarcar tanto la comisión como la omisión; basado en la evitabilidad de la lesión de la vigencia de la norma. Esto es, causación evitable de un resultado.

Donna (2008) menciona que Jakobs introduce un segundo concepto de acción, que a su criterio resulta siendo provisional. Acción representa convertirse, de manera individualmente evitable, en la razón determinante de un resultado, rigiéndose aquella calificación “determinante” por un esquema social de interpretación. (p. 159)

De hecho, que la acción va a seguir modificándose, pero su concepto debe girar en torno al deber ser, es decir esta tendría que ser una producción del Derecho Penal, pues actualmente todas las instituciones de la teoría del delito son creadas por el derecho penal y su objeto de estudio es objetivo, si es así entonces la acción debe obedecer a un mismo sentido.

1.4.6. Toma de posición

La acción en el Derecho Penal ha tomado varias concepciones a lo largo de la historia, desde ser concebida como un simple suceso causal hasta ser concebida en cuanto a la finalidad de su exteriorización de la voluntad del sujeto, como se aprecia antes del funcionalismo se veía que la acción estaba definida por las estructuras lógico-objetivas, la acción tenía una connotación netamente ontológica, obedecía al ser, sin embargo ha sido cuestión de tiempo para llegar a la necesidad de hacer un cambio en el concepto de acción pasando de las estructura lógico-objetivas a la normativa, pues la acción no debe ser dada por la naturaleza sino por el mismo Derecho Penal el cual debe conceptuarlo, con miras a la realidad social.

De las teorías antes mencionadas con las que más se concuerda es con la teoría funcionalista jakobsiana, pues se considera que la acción debe dejar toda connotación ontológica cuando se hace referencia al Derecho Penal, pues en la actualidad la teoría jurídica del delito tiene una vertiente normativista donde cada etapa o categoría jurídica está definida por el Derecho Penal, asimismo esta estructura se encuentra sistematizada y cada categoría se debe analizar de menos a más, es decir, si se concibe a la teoría del delito como la acción típica, antijurídica y culpable, el primer presupuesto a revisar vendría a ser la acción la cual es tomada como base de esta teoría jurídica del delito, y la base de una teoría concebida como normativa no puede tener una connotación ontológica, sino que esta debe ser definida por el Derecho Penal.

Lo que de alguna manera quería buscar Jakobs (2004) es mostrar que el Derecho penal en la modernidad no toma a la acción como movimientos corporales del individuo o aquella ausencia de estos, sino el significado del comportamiento de personas; teniendo una gran importancia el deber, y el papel que tienen estas acciones dentro de la sociedad. De esta forma podemos decir que el concepto de acción entonces no puede provenir de la naturaleza, sino, es el Derecho Penal el cual lo debe concebir.

Siendo de esta forma ¿de qué manera se concebiría la acción? Jakobs la ha descrito como la causación de resultado individualmente evitable haciendo alusión a que esta causación puede ser realizada por cualquier sujeto, incluso por las personas jurídicas, es una concepción que abarcaría todo tipo de conducta, lo que es necesario para acción, pues si referimos que esta es la base

de toda la teoría del delito debe abarcar mayor cantidad de conductas en cuanto estas sean relevantes en la sociedad y sea necesaria su regulación.

A raíz de todo ello entonces vemos la acción desde una perspectiva deontológica, un concepto que es puesto por el propio Derecho Penal, entonces, acción al igual que las otras categorías que fueron creadas por el Derecho Penal debe tener una fase negativa y esta debe tener un objeto de estudio, en el presente caso queremos determinar qué criterios podrían ser configuradores de una ausencia de acción, si ya sabemos actualmente la acción no debe guiarse de sucesos naturales, sino de bases objetivas, para ello, hacemos referencia a que la mayoría de conductas se produce en la mente con la manifestación de la voluntad de las personas, es decir, que las conductas de las personas o en este caso la acción que va a generar un contenido penal, proviene de los procesos que pasen en la mente, entonces es necesario el estudio de esta y quien se va a encargar de este estudio es la neurociencia.

CAPÍTULO II

LA NEUROCIENCIA Y ACCIÓN PENAL

2.1. Aproximaciones

Si hemos partido anteriormente de que la acción penal debe ser determinada por el Derecho Penal y no debe basarse en las estructuras lógico-objetivas, entonces, la acción penal debe guiarse por datos objetivos, datos que tienen la posibilidad de estudiarse y no provenientes de la naturaleza o la ontología. Por ello, se hablaba de la evitabilidad de la transgresión de la norma en el concepto de Jakobs, como se aprecia de alguna forma hace alusión a un suceso voluntario de evitar este quebrantamiento de una norma; entonces, cuando nos referimos a esta evitabilidad, a esta voluntad, debe darse a partir de datos objetivos y esto vendría a ser el estudio del cerebro; a consecuencia de ello, es menester para este trabajo el estudio de la Neurociencia con la finalidad de comprender la acción penal en base al cerebro.

2.1.1. Historia de las neurociencias en el siglo XIX, XX y XXI

En la antigüedad la persona humana era concebida como un ser dual, un ser con alma y cuerpo, sin embargo esto era poco objetivo, pues era complicado demostrar de dónde surgía el alma y si era esta de dónde partían las acciones que uno tomaba, por eso se obtuvo como objeto de estudio al cerebro que es prácticamente la central de dónde se toman decisiones, la neurociencia se encarga de ello del estudio del cerebro su historia nace en el siglo XX y hasta la actualidad se siguen renovando sus conocimientos.

2.1.1.1. El siglo XIX

2.1.1.1.1. Localización de los procesos mentales

En 1808, Franz Joseph Gall hace una publicación sobre frenología. La cual concibe que todos los procesos mentales se dan en el cerebro y en este existe un área relacionada para cada uno de estos procesos. Esta localización de los procesos mentales generó el deseo de investigación en este órgano. Entre sus resultados, Korbinian Brodmann describió que existían cincuenta y dos áreas cerebrales, en las cuales se generaban procesos mentales. Se creía también que el aumento del volumen en algunas zonas cerebrales implicaba el desarrollo de determinadas capacidades. Esta visión dinámica del cerebro era entendida en razón a que este órgano adaptaba su configuración física a las demandas dadas por el entorno, dando prioridad de espacio a destrezas más necesarias.

En esos tiempos no se tenían técnicas de neuroimagen creyéndose que se podían reconocer algunas habilidades intelectuales como morales en la forma y tamaño de las cabezas. (Velez, 2019)

2.1.1.1.2. Conectivismo

En 1861, Paul Pierre Broca presenta ante la Sociedad Antropológica de París el caso de un paciente que no podía hablar, pero que este no había perdido la capacidad de comprensión, todo ello se debió a una lesión en el área que denominaron “Broca” en honor a este neurólogo. Esta fue la primera prueba relacionada a la relación entre cerebro y lenguaje. Por otro lado, en 1874, Carl Wernicke presenció pacientes que tenían la facultad de hablar, pero habían perdido la facultad de comprensión. Esto marcó una nueva perspectiva en el estudio del cerebro, denominada “conectivismo”. Esta corriente supuso que las funciones más básicas se limitaban a determinadas zonas en el cerebro, en cambio las funciones que son complejas son resultado de la interacción de varias zonas localizadas. En 1885 se dieron las primeras publicaciones que tuvieron que ver sobre memoria teniendo como autor a Hermann Ebbinghaus el cual describe métodos de evaluación que son usados en la actualidad. Pocos años después, 1891 para ser exactos, se acuñó el término de “neurona”, a un descubrimiento realizado por Santiago Ramón y Cajal. (Velez, 2019)

2.1.1.2. El siglo XX

Marcó un hito importante las dos Guerras mundiales que se dieron a principios del Siglo XX, estas marcaron la historia de la neurociencia. La Primera Guerra Mundial se sabe que dejó una cantidad elevada de muertos como también de heridos. Entre miles de los heridos tuvieron secuelas neurológicas, aumentando la necesidad llevar a cabo algún tipo de rehabilitaciones neurológicas. Esto supuso el inicio de impulso para las investigaciones que pudieran surgir en esta área.

La Segunda Guerra fue otro tiempo determinante para la consolidación de esta disciplina. En esta se establecieron importantes intervenciones neuropsicológicas de la mano de grandes neurólogos como Aleksandr Románovich Lúriya (uno de los fundadores de la neurociencia cognositiva). En tiempo de 20 años después de haber culminado la Segunda Guerra Mundial, por

el año 1962, se lanza el Neuroscience Research Program el cual consistió en una organización que se ponía en comunicación con las universidades de todo el mundo; tenía por objetivo conectar a los académicos de ciencias comportamentales y neurológicas: biología, sistema nervioso y psicología. Esta fue impulsada por el Massachusetts Institute of Technology “MIT”. En él se realizaban reuniones semanales, conferencias y debates que alumbraron programas educativos específicos y adaptados. En una de esas reuniones Stanley (ganador del premio nobel de medicina) mencionó: La neurociencia es, por mucho, la rama más excitante de la ciencia, porque el cerebro es el objeto más fascinante del universo. Cada cerebro humano es diferente, el cerebro hace a cada ser humano único y define quién es. A raíz de la importancia que marco la neurociencia en este tiempo, específicamente en 1969, surge en Washington la Sociedad de Neurociencia más grande del mundo. Actualmente sigue siendo un referente mundial, al igual que su encuentro anual. (Velez, 2019)

Gracias al impulso de estos años anteriores y la unión de disciplinas que se estaba logrando, en 1990 el Consejo Asesor del Instituto Nacional de Trastornos Neurológicos y Accidentes Cardiovasculares, llegaron a publicar un documento denominado “Década del Cerebro” en el cual se daban respuestas a través de la investigación científica. En este se recogieron catorce tipos de trastornos neurológicos que habían sido poco investigados hasta entonces, siendo un gran avance en la investigación neurocientífica. (Velez, 2019)

2.1.1.3. Siglo XXI

La neurociencia ha logrado un papel importante en la investigación científica por todos los conocimientos que ha aportado, sin embargo, el cerebro sigue siendo un enigma y su estudio va a requerir de mucho tiempo y dinero, por ejemplo, en 2002 se lanzó el proyecto Blue Brain con la idea de crear una simulación del cerebro mamífero a nivel molecular con el fin de estudiar su estructura. En base a ello, en 2013, Barack Obama anunció el proyecto BRAIN. Un proyecto a nivel del GENOMA, que tiene por objetivo desarrollar un mapa detallado y dinámico del cerebro humano. Tuvo inicialmente una inversión aproximada de 100 mil millones de dólares. Esto representa un gran reto, siendo además la herramienta con la que pretenden liderar la investigación sobre el cerebro. Asimismo, en Europa también se ha implementado de forma paralela el proyecto HUMAN

BRAIN con una inversión de más de 1000 millones de euros; con el objetivo de que en unos diez años se dé un salto cualitativo respecto a lo que hoy conocemos del cerebro. Así, parece que todavía nos queda por conocer lo más interesante de la historia de la neurociencia. (Velez, 2019)

2.1.2. ¿Qué son las Neurociencias?

La RAE define a la Neurociencia como aquella ciencia que se ocupa del sistema nervioso o de cada uno de sus diversos aspectos y funciones especializadas. Asimismo, dentro de su etimología la palabra neurociencia proviene del griego *neuro* que significa nervio y el latín *scientia* la que hace alusión al conocimiento, a raíz de la etimología se puede decir que neurociencia significa el conocimiento del sistema nervioso en cuanto a su funcionamiento como ordenador de la voluntad del ser humano. Respecto a la definición Campos (2014) afirma:

La neurociencia se define como el estudio científico del sistema nervioso (principalmente el cerebro) y sus funciones. Estudia las complejas funciones de aproximadamente 86 mil millones de neuronas o células nerviosas que tenemos. De las interacciones químicas y eléctricas de estas células, las sinapsis, se derivan todas las funciones que nos hacen humanos: desde aspectos sencillos como mover un dedo, hasta la experiencia tan compleja y personal de la consciencia, de saber qué está bien o mal, y crear cosas que nadie nunca antes hizo. (p. 12)

La Neurociencia en la actualidad ha alcanzado bastante relevancia siendo de gran aporte en distintas áreas de la ciencia, busca de alguna forma entender el funcionamiento de nuestro sistema nervioso y la conducta del hombre. La finalidad que ostenta las Neurociencias es entender de qué forma el cerebro (sistema complejo) produce la acción humana, lo que busca esta ciencia es dar explicaciones a la conducta a raíz de la actividad cerebral, Asimismo, intenta explicar cómo es que los millones de células nerviosas individuales actúan en esta masa encefálica generando la conducta y como estas últimas están influenciadas por el medio externo, incluyendo a otros individuos (Kandell, Schwartz & Jessell, 1997). La neurociencia viene a ser nuestro punto de partida para determinar la voluntad en el tema de acción, pues, del estudio objetivo del

cerebro, de estas neuronas o células nerviosas es que podemos determinar cuándo hay acción o cuándo no.

2.1.3. El cerebro como estudio de la neurociencia

El cerebro es el órgano más complejo del cuerpo, su estudio es bastante complicado; sin embargo, hay cosas en el cerebro a las que se puede arribar sin que signifique un mayor estudio de ello; es el caso de preguntarnos ¿qué especies tienen cerebro? La respuesta a esta interrogante es simple y la encontramos en la movilidad de los seres vivos, pues una de las funciones del cerebro es dar movilidad al cuerpo, esta estructura tan sofisticada no la podemos encontrar en las plantas que se mantienen inertes y ancladas al suelo, tampoco en los seres unicelulares que tienen un desplazamiento totalmente lento; solo un sistema tan avanzado como el cerebro sería capaz de controlar y generar el desplazamiento, la pregunta es ¿cómo hace estos movimientos? ¿Cómo es que organiza dicha actividad? La respuesta está relacionada a los procesos que ocurren dentro del cerebro como una especie de algoritmos y secuencias motoras encargadas de organizar la actividad de ejercicio de un ser humano.

Desde la antigüedad, filósofos y científicos se han preguntado cómo es el funcionamiento de la mente y el cuerpo; es decir, dónde se desarrollan esas bases físicas cognoscitivas, cómo es que el ser humano por voluntad ordena al cuerpo hacer o no hacer determinada cosa; la conducta humana en el Derecho Penal simplemente era estudiada por las estructuras lógico objetivas, una acción para ellos era un hacer o un dejar de hacer que se cumplía en la simple exteriorización de la voluntad, sin tener para ello una base objetiva de estudio. Sin embargo, en la actualidad, sí existe una base objetiva de dónde se pueda estudiar el comportamiento humano y esta es el Cerebro que viene a ser estudiado por las neurociencias, que tiene como campo de estudio esencialmente la relación del cerebro y el sistema nervioso con el procesamiento cognoscitivo.

El estudio del cerebro para este trabajo es necesario pues es el órgano de nuestro cuerpo que controla de manera directa nuestros pensamientos, emociones y motivaciones (Sternberg, 2011, p. 34) y en tanto controla todo ello

podremos determinar en qué momento existe acción o no al exteriorizar esos procesamiento mentales.

2.1.4. El cerebro y la conducta humana

En la actualidad no existe duda respecto a que el comportamiento humano surja en las operaciones que realiza el cerebro; sin embargo, no se pueda identificar minuciosamente dónde y de qué manera funciona neurológicamente la infinidad de conductas que tiene el ser humano; pero si de algo se puede estar seguro es que cuando amamos no lo hacemos desde el músculo del corazón, sino de las estructuras cerebrales. Estas estructuras cerebrales se encuentran manejadas por el sistema nervioso que funciona a través de varios subsistemas.

Según Garrido (2000) Este sistema nervioso se encuentra subdividido en:

el sistema nervioso central (SNC), que incluye todas las neuronas del cerebro y la médula espinal; y, el sistema nervioso periférico (SNP) que une al sistema nervioso central con los receptores sensoriales, músculos y las glándulas del cuerpo. Este sistema periférico tiene dos grandes componentes los cuales son el somático y autónomo. El sistema nervioso somático (SNS) transmite la entrada sensorial al SNC desde el mundo externo y dirige la respuesta motora; el sistema nervioso autónomo (SNA) influye sobre las glándulas y músculos de los órganos internos. A su vez, el SNA es un sistema dual: rama simpática y parasimpática. La rama simpática nos prepara para la acción defensiva; en cambio, la parasimpática produce los efectos contrarios. En la vida diaria, el sistema nervioso simpático y el parasimpático cooperan para que el ser humano viva en equilibrio. (p. 127)

Entonces las conductas humanas partirían de este sistema nervioso por estímulos que provienen del exterior y fueron captados por el sistema nervioso somático y transmiten ello al sistema nervioso central que dará como consecuencia una respuesta motora.

2.1.5. El comportamiento desde el punto de vista filosófico, psicológico y neurológico

El comportamiento es entendido como la manera en cómo actúa un individuo, la RAE define al comportamiento como la manera de comportarse y esta a su vez es definida por la RAE como el actuar de una manera determinada.

Séneca (filósofo) citado por Gomez (2017) menciona que el comportamiento cumple con las siguientes fases.

- 1) Establece hacia dónde se apunta.
- 2) Razona en cuanto a “cuál es el camino que nos conduce a ello con la mayor rapidez”.
- 3) Evalúa, a medida que avanza, y “a lo largo de la jornada misma, si es que estamos sobre el camino correcto, descubriremos cuánta distancia hemos recorrido cada día y cuánto nos hemos aproximado al objetivo hacia el cual nos dirigimos por deseo natural”, esto es, por virtud de la razón.
- 4) Expresa Séneca que “la auténtica sabiduría consiste en no apartarse de la naturaleza –razón– y en moldearnos a nosotros mismos de acuerdo con sus leyes y sus modelos”, toda vez que “el supremo bien es un ánimo que se burla de las ocurrencias del azar y se complace en la virtud”, puesto que “es el poder de la mente que me hace inconquistable, sabio por experiencia, sereno en la acción”. El “hombre debe ser el moldeador de su propia vida”, su confianza no debe carecer de “conocimiento” y dejemos que la razón investigue las cosas externas ante la instigación de los sentidos y, mientras deriva de ellas su conocimiento –puesto que no dispone de otra base desde la cual operar o comenzar su conquista de la verdad–, hagamos que regrese sobre sí misma”. Por tanto: “Habiendo seguido a los sentidos que sirven y habiendo por medio de ellos llegado a las cosas externas, debe convertirse en el dueño y señor, tanto de lo externo como de sí mismo” (pp. 47-48)

Por otro lado, para la psicología la conducta no es solamente lo que hacemos, sino que también integra dentro del concepto aquello que pensamos y sentimos. Para la psicología no existe ausencia de conducta, esto debido a que en todos los momentos posibles las personas se comportan de distintas formas. Como ejemplo, está aquella persona que se encuentra callada, pero puede estar observando o pensando, contando mentalmente, etc; por lo que nunca es posible estar “haciendo nada”. La conducta entonces abarcaría todo (lo físico-motor, lo

emocional y lo cognitivo) y permitiría actuar sobre ella, ya que es una realidad que es tangible y a la vez accesible (Villoria, 2015). La conducta entonces la divide en aquella que puede ser manifiesta u observable donde se encuentran la acción física-motora, o aquellas reacciones fisiológicas; como, por ejemplo, las palpitaciones, procesos respiratorios; o puede ser encubierta la cual es representada por pensamientos o emociones, como la alegría, la tristeza, etc. que llegar a ser “observables” en alguna forma por la propia persona, pero como se decía anteriormente, ambas formas son concebidas como conducta (Villoria, 2015).

Desde otra perspectiva la neurociencia no define la conducta o comportamiento de una persona, sino se encarga de estudiarla, teniendo como objeto de estudio al cerebro. Es del cerebro de donde deriva todo el ser. La importancia que radica en las neurociencias es aquella forma del ser humano para pensar a través del sistema cerebral, las acciones, el comportamiento, la actitud, entre otros, son disciplinas que conducen al ser humano a realizar una conducta buena o mala en su entorno (Cruz, 2017). En la actualidad, la neurociencia no sólo ha estudiado el comportamiento del ser humano, sino también ha ayudado a mejorar la calidad de vida de muchas personas, a través de métodos y acciones que caracterizan a la neurociencia. El comportamiento lo definimos como la manera en que un individuo actúa en la sociedad, las acciones que realiza pueden definir su comportamiento como bueno o malo, dicho comportamiento puede afectar la relación que existe entre su persona y la sociedad, ya que puede dañarse ese lazo entre confianza y amistad. La neurociencia ha presentado muchos avances a lo largo del tiempo, por lo cual, aún no se ha definido en su totalidad, pero sí ha mostrado comprender al ser humano en los ámbitos de su vida. (Cruz, 2017)

Como hemos visto en la actualidad existen diversas formas de concebir el comportamiento; sin embargo, para efectos de este trabajo nos interesa concebirlo como aquella exteriorización de la de los procesos mentales de un individuo: pues, nuestro trabajo se centra en determinar cuando estos procesos neuronales objetivamente se encuentran viciados generando así criterios que

nos ayuden concebir cuando una acción no debería ser considerada como tal para el Derecho Penal.

2.1.6. La estructura y función neuronal

La necesidad del estudio de la estructura y la función neuronal subyace en poder ahondar en el proceso de información que ocurre en el sistema nervioso que da origen al comportamiento humano; para ello, es necesario estudiar quienes conforman este sistema y son las llamadas “neuronas”.

A esta célula nerviosa se la puede estudiar en cuatro regiones desde el punto de vista estructural las cuales comprenden el cuerpo celular (pericarion), dendritas, axones y la terminación presináptica del botón terminal (Salin, 2005, p. 72), esta es la composición de una neurona y cada parte está definida según Sternberg (2011):

El soma, el cual contiene el núcleo de la célula (la parte central que realiza funciones metabólicas y reproductivas) es responsable de la vida de la neurona y de conectar las dendritas con el axón. Las dendritas son estructuras similares a ramas que reciben información de otras neuronas, la cual es integrada por el soma. El aprendizaje es asociado con la formación de nuevas conexiones neuronales; por ende, ocurre junto con una mayor complejidad o ramificación en la estructura ramificada de las dendritas. El axón es un tubo largo y delgado que se extiende desde el soma, que en ocasiones se divide y, cuando es apropiado, responde a la información transmitiendo una señal electroquímica que viaja al extremo (o parte final) desde donde puede transmitirse a otras neuronas. (p. 35)

El estudio de esta estructura nos puede ayudar a entender cómo el cerebro maneja las acciones en el ser humano a través de este procedimiento neuronal, recordemos además que son 4 partes de la neurona y solo hemos descrito a las tres primeras, la última corresponde a los botones terminales, estos se encuentran en los extremos de las ramificaciones de un axón, tienen la forma de nudos y no tocan a las dendritas de otras neuronas, entonces ¿cómo se da la comunicación con otras neuronas? Esta se da mediante el proceso de sinapsis, la cual funciona como unión entre los botones terminales de una o más neuronas

y las dendritas (o en ocasiones del soma) de una o más neuronas. (Sternberg, 2011).

2.1.7. Neurotransmisores

Son responsables de la comunicación Intercelular en el sistema nervioso entre los más conocidos según Sternberg (2011) los establece en el siguiente cuadro:

NEUROTRANSMISORES	DESCRIPCIÓN	FUNCIÓN GENERAL	EJEMPLOS ESPECIFICOS
Acetilcolina (ACh)	Neurotransmisor monoamino sintetizado a partir de la colina	Excitatoria en el cerebro y excitatoria (en los músculos esqueléticos) o inhibitoria (en los músculos cardiacos) en cualquier otro lugar del cuerpo	Se cree que participa en la memoria por su elevada concentración en el hipotálamo (Squire, 1978)
Dopamina (DA)	Neurotransmisor monoamino sintetizado a partir de la tirosina	Influye en el movimiento, atención y aprendizaje; sus efectos son principalmente inhibitorios, pero algunos son excitatorios	La enfermedad de Parkinson, la cual se caracteriza por temblores y rigidez de las extremidades, resulta de la insuficiencia de dopamina; algunos síntomas de esquizofrenia están asociados con un exceso de esta sustancia
Epinefrina y norepinefrina	Neurotransmisores monoamino-	Hormonas (Conocidas	Participan en diversos efectos corporales

	sintetizados a partir de la tirosina	también como adrenalina y noradrenalina) que participan en la regulación del estado de alerta	asociados con las reacciones de lucha o huida, ira y temor
Serotonina	Neurotransmisores monoaminos sintetizado a partir del triptófano	Participa en la activación, el sueño, la ensoñación y el estado de ánimo; sus efectos son por lo regular inhibitorios, pero algunos son excitatorios	En condiciones normales inhibe la ensoñación, los defectos en el sistema de la serotonina están vinculados con la depresión severa
GABA (ácido gamma-aminobutírico)	Neurotransmisor aminoácido	Efectos neuromoduladores generales que resultan de las influencias inhibitorias en los axones presinápticos	En la actualidad se piensa que influye en ciertos mecanismos del aprendizaje y la memoria (Izquierdo y Medina, 1997)
Glutamato	Neurotransmisor aminoácido	Efectos neuromoduladores generales que resultan de las influencias excitatorias en los axones presinápticos	En la actualidad se cree que influyen en ciertos mecanismos del aprendizaje y la memoria (Izquierdo y Medina, 1997)

Neuropéptidos	Cadenas de péptidos que funcionan como neurotransmisores	Efectos neuromoduladores generales resultado de las influencias en las membranas postsinápticas	Las endorfinas participan en el alivio del dolor. En ocasiones, se liberan neuromoduladores para aumentar los efectos de la acetilcolina
---------------	--	---	--

Estos Neurotransmisores pueden significar un cambio en el accionar del ser humano por ejemplo la dopamina que influencia en el tema de los movimientos podría afectar en alguna medida la realización de una acción a tal sentido que no podría considerarse a esta como tal para efectos del Derecho Penal.

2.2. Derecho Penal y Neurociencia

Si bien las neurociencias empezaron como un estudio de la morfología y fisiología de las estructuras que forman el sistema nervioso, de la comunicación que se produce en las neuronas y de su fisiopatología, ha tenido implicancia en otras materias como en este caso es el Derecho Penal.

Su relación empezó a tener punto de partida en el Derecho Penal cuando se analizaba si la función cerebral representaba un problema a la hora de decidir la posible culpabilidad o imputabilidad de un sujeto, por ejemplo, si se demostraba que una persona con una afectación cerebral por una lesión o aquella persona que sufría de un ataque epiléptico y en ese momento de convulsión cometía un acto punible, o, también que una persona esquizofrénica cometiese un homicidio en su estado delirante; estos supuestos ocasionados por estos sujetos en especial no podrían ser declarados culpables basados en la falta de facultad para la evitabilidad del quebrantamiento de la norma.

Las Neurociencias estudiadas para este trabajo ni siquiera tendría que hacer alusión a la culpabilidad, sino a la falta de acción, una falta de acción basada en los datos objetivos otorgados por la neurociencia de la conducta humana a raíz del análisis del sistema nervioso, pues recordemos que se ha concebido a la acción desde el Derecho Penal entonces esta no puede basarse en datos

ontológicos propios del ser, sino, debe basarse en datos objetivos, datos que han sido estudiados, como representa en este caso el estudio del sistema nervioso.

En el ámbito del Derecho Penal importa saber el estudio de la toma de decisiones, Delga2013) menciona que desde el punto de vista neurocientífico, se conoce relativamente bien el conjunto de estructuras cerebrales relacionadas con la toma de decisiones, que se sitúan sobre todo en el lóbulo prefrontal. La complicación entonces no está en ese punto, sino en determinar el cómo de la preferencia entre una conducta y otras posibles y la decisión que se toma para actuar en torno a esa amplia gama de posibilidad de comportamientos.

Determinar la preferencia es bastante complicado, pero de lo que si estamos seguros como lo sostiene Searle (2005) “todos nuestros estados mentales están causados por procesos neurobiológicos que tienen lugar en el cerebro, realizándose en él como rasgos suyos de orden superior sistémico” (p. 29), entonces desde ya podemos afirmar que si se trata de accionar del hombre este dista de un tema espiritual, sino que es el propio cerebro el que ordena generar determinadas conductas, asimismo sostiene Pinker (2007) “Los pensamientos y el pensar no son enigmas espirituales, sino procesos mecánicos que pueden ser estudiados, y los puntos fuertes y debilidades de las diferentes teorías pueden ser estudiados y debatidos” (p. 179) y en tanto pueden ser estudiados ellos permitirán al Derecho Penal tener una mejor concepción de cómo se desarrolla la acción ello con miras a determinar si una conducta producida en el cerebro puede ser concebida como tal para efectos de ser considerada después como delito.

Si bien estamos actualmente en un campo que es difícil de estudiar como es el cerebro cada vez nos vamos acercando o estamos menos lejos de conocer el cerebro humano y todos sus procesos mentales, comprender en alguna medida el completo funcionamiento de este sería de gran ayuda para la teoría del delito pues en base a las concepciones obtenidas por la neurociencia, el Derecho Penal tendría una mejor imputación sobre la acción del individuo pues tendríamos idea de cuando una persona actúa conscientemente; de ello, es decir cuando una persona tiene la voluntad de tomar una decisión (materializada en la realidad) que sea considerada acción para el Derecho Penal y que como

consecuencia de ello obtenga una pena después de haber pasado por las otras categorías del delito.

2.2.1. La Relación neurociencia frente al Derecho Penal

Empezamos este capítulo describiendo a la neurociencia como aquella que se encarga del estudio del cerebro, respecto a ella cabe mencionar que dentro de su margen de estudio ostenta de métodos de experimentación en relación al estudio del cerebro mediante la tomografía axial por emisión de positrones (PET), la tomografía computarizada por emisión de fotones simples, resonancia magnética funcional o nuclear (RM o fMRI), magnetoencefalografía, entre otros medios de experimentación de la actividad cerebral. Esto ha representado un gran avance para el conocimiento de la naturaleza humana generándose por así decirlo una revolución neurocientífica.

Lo que buscamos no es hablar de las neurociencias como aquella ciencia de estudio de la actividad cerebral, sino de la implicancia de esta frente al Derecho Penal, es decir, de qué manera la neurociencia aporta conocimientos a las bases teóricas del Derecho Penal y qué consecuencias genera con ello. Recordemos que al inicio se hablaba de que la conducta del ser humano o el empleo de conductas son originadas en el cerebro, por ello, las aportaciones científicas sobre el cerebro humano pueden influir en alguna medida a determinar este accionar humano con la finalidad de estipular qué tipo de acciones tienen o no contenido penal.

Parece complejo establecer si alguna conducta del ser humano no puede ser determinada como acción con contenido penal; sin embargo, hay un ejemplo que puede ser tomado como punto de partida. Burns y Swerdlow (2003) describieron el caso de un señor cuya edad oscilaba entre cuarenta años, con un estado de salud aparentemente normal con dedicada labor a ser profesor y padre de familia, el detalle es que esta persona presentaba un interés en la pornografía infantil y adolescente, de las que ya tenía una vasta colección de revistas; asimismo, el hombre solicitaba prostitución en salones de masajes, situaciones que no se habían presenciado anteriormente. El hombre intento en la medida de lo posible ocultar sus actividades pues sentía que estas eran inaceptables, sin embargo, a pesar de considerarlas de esa manera seguía esclavo de sus

impulsos sexuales. Comenzó a acosar a su hijastra la cual era una preadolescente, quien comunicó a su madre del comportamiento del hombre, este último fue retirado de la casa y diagnosticado con pedofilia, posteriormente fue declarado culpable de abuso de menores y un Juez le ordenó que se sometiera a una rehabilitación mediante un programa o ir a la cárcel; por incumplimiento del programa, en el cual solicitaba favores sexuales al personal y otros clientes de dicho centro, fue expulsado siendo integrado a prisión como consecuencia. En el transcurso del cumplimiento de su condena se le descubrió un gran tumor cerebral en la parte derecha de la zona orbitofrontal esto debido a la comunicación de los constantes dolores de cabeza que padecía, dicho tumor fue retirado con éxito y es dejado libre por su falta de peligrosidad; tres meses después vuelven los dolores de cabeza, así como su deseo de colección de pornografía ilegal. Se le hicieron nuevos análisis los cuales demostraron un nuevo crecimiento del tumor lo que condujo a que sea operado nuevamente desapareciendo con el tumor las tendencias sexuales anómalas que tenía.

Desde el caso anteriormente descrito se podría decir que el hombre de cuarenta años ha actuado de una manera viciada, es decir, que una anomalía dentro de su cerebro ha generado que su conducta esté determinada a lo incorrecto, todo ello se demostró gracias a las técnicas de neuroimagen dónde se comprobó que la conducta de pedofilia, así como su deseo sexual fueron originadas a partir de ese tumor. Feijo (2012) menciona:

Algunos neurocientíficos de primer nivel dicen que en la medida que no existe escisión entre mente y cerebro, y que nuestra actuación consciente representa una ínfima parte de nuestra actividad cerebral, todos estamos determinados en nuestros comportamientos por procesos que no podemos controlar y de los que, no se nos debería hacer responsables. (p. 74).

De esta manera podemos decir que los conocimientos del funcionamiento del cerebro han ayudado a verificar que debido a una enfermedad o patología es innecesario llegar a considerar que esa acción tiene contenido ejercida por una persona con un tumor tiene contenido penal, en la medida que su conducta ha sido determinada o afectada por ese tumor. Según Feijo (2012)

Otro ejemplo que se suele sacar a colación por parte de autores como Roth o Singer es aquél que existen mayores avances en cuanto a conocimientos en los últimos años: ciertos grupos de delincuentes violentos impulsivos reincidentes en los que se encuentran anomalías o alteraciones estructurales o funcionales similares. Existen grupos de personas con conductas penales relevantes que presentan coincidencias en su estructura y organización cerebral, lo cual podría dar lugar a una explicación como enfermedad o patología que llegara a hacer innecesaria la pena.

Si bien es cierto que el autor se enfoca en el área de la teoría jurídica del delito que le corresponde a la culpabilidad, sin embargo, si una persona se encuentra en una patología o enfermedad que no la deja actuar razonablemente nos preguntamos ¿este accionar debe ser considerado acción para el derecho penal?, en esos casos no podría hablarse de acción.

2.2.2. Funcionalismo y Neurociencias

El funcionalismo como lo habíamos hablado es una teoría del delito enfocada en la teoría de los sistemas de Niklas Luhman ideas que fueron tomadas por Jakobs para crear un sistema en el Derecho Penal que determinara el Delito. Según Feijo (2012)

La teoría Funcional ha dejado claro que los sujetos responden por su participación en un proceso progresivo de erosión de la norma mediante la realización de hechos de gran lesividad social, pero no ha explicado bien cuál es el fundamento personal de esa responsabilidad. Buscando una respuesta a la pregunta planteada por Gunter en sus trabajos de respuesta a las neurociencias de si la decisión política que provoca que la normalidad que determina la capacidad de culpabilidad y, por tanto, de imputación jurídico-penal representa una especie de ojo de aguja o de portón de entrada, dicha respuesta sólo se puede encontrar mediante una referencia a las necesidades de estabilidad normativa en la medida en la que, por ejemplo, la enfermedad mental (brote paranoide de un esquizofrénico) convierte en innecesaria la pena como instrumento de estabilidad normativa. Parece, pues, que, como en otros muchos debates dogmáticos, puede que la solución se encuentre en algún punto intermedio de ambos. (P.p. 130-131)

Cuando se hace alusión al fundamento personal, el autor sigue manejando la categoría jurídica de culpabilidad. Sin embargo, no es necesario llegar hasta tan lejos para determinar si esa conducta sea pasible de pasar por todos los filtros normativos o categorías jurídicas del delito, recordemos que si se habla en alguna medida de alguna alteración que pueda afectar el funcionamiento racional del cerebro ello implica la inacción en el ámbito penal de las conductas.

2.2.3. Gunter Jakobs en relación a la neurociencia

En la Dogmática penal la conducta es considerada como aquel estado corporal que es conducible o susceptible de ser conducido; es decir, aquella expresión de una persona natural, estas conductas como hemos venido sosteniendo son procesos neuronales materializados en el mundo físico, ello según el estudio de los resultados de la investigación neurológica (Jakobs, 2012). Desde este plano, según Jakobs, la consciencia podría tener su origen en los procesos neuronales, concluyendo de tal modo que la mente y la consciencia pasan a ser concebidos como estados físicos. Entonces desde este punto de vista el ser humano individual como su razonamiento no es más que consecuencia de procesos neuronales. Kant (1787) sostenía:

Todas las acciones de los seres humanos (se encuentran) determinadas según el orden de la naturaleza en la apariencia de su carácter empírico y de las otras causas concurrentes, y si pudiéramos predecir con seguridad y de la que pudiéramos investigar todas las apariencias de su albedrío hasta el origen, no existiría acción humana alguna que no pudiéramos predecir con seguridad y de la que pudiéramos conocer las condiciones previas como necesarias (p. 500).

Si pudiéramos entender el origen de este libre albedrío se podría determinar para el Derecho Penal cuándo una conducta es concebida como una inacción para este, sin lugar a duda sería un gran avance para la imputación de los delitos. Como hemos visto, no se ha tocado la fase negativa de la acción vista desde la perspectiva funcionalista y para desarrollarla es importante tener una referencia en principio de una ciencia objetiva, que estudie de dónde surgen las conductas, pues, hemos dejado de lado lo ontológico del ser, aquello que no se puede demostrar, como es el caso del alma de una persona. Por ello, es necesario el

estudio del cerebro (como objeto de estudio), de donde surgen todo tipo de conductas del ser humano, el estudio de este nos puede dar a conocer que conductas pueden ser desestimadas como acción, para efectos de ser consideradas como delito y generar así una eficaz imputación de los delitos, evitando en principio pasar al ámbito de la culpabilidad para determinar si es delito o no.

Como hemos sostenido desde un principio la teoría jurídica del delito es un sistema esto implica que esta tiene un orden de desarrollo en el cual la base de esta es la acción, descartando entonces las conductas que no serán concebidas como acción no habría necesidad de pasar el filtro de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Jakobs (2012) además sostiene que:

Una persona es competente de prestar una fidelidad jurídica suficiente para dicha relación hermética normativa no se necesita de libre albedrío, tampoco se ve alterada por la causalidad psíquica de las corrientes cerebrales ni por la determinación psíquica mediante satisfacción e insatisfacción, siendo comparable completamente a un juego con reglas propias. Estas reglas no tienen por qué ser válidas eternamente; la autoconciencia heroica (como en las tragedias antiguas estilo Edipo) no diferencia entre hecho y acción, lo que significa que no separa el suceso evitable del círculo de los hechos que en general pueden suceder. Sin embargo, el mundo moderno, como mundo que vale como creación, no puede seguir imputando lo que una persona padece, sino sólo lo que origina de forma consciente o evitable. (p.p. 192-193)

Entonces para la fase negativa de la acción, corresponderá determinar qué formas son inconscientes o no evitables con la necesidad de llegar a una correcta imputación en la categoría de la acción; para ello, es necesario el análisis del cerebro presentado por las neurociencias, pues en base a sus estudios resultará siendo considerada acción aquel resultado que sea perteneciente a la persona en tanto haya surgido sin alteraciones en los procesos mentales.

2.2.4. La necesidad del estudio valorativo y moral de las decisiones

El estudio del cerebro por parte de la neurociencia no ha ofrecido muchos datos, los experimentos según Feijo (2012) van mayoritariamente a movimientos corporales básicos como es el caso de mover una mano o un dedo, aún no

existen investigaciones relacionadas a la complejidad valorativa y moral de las decisiones que es preciso adoptar en la vida social, como se decía a principios el estudio del cerebro es demasiado complicado. Sin embargo, ello no significa que no pueda estudiarse, en la actualidad. Es más aún complicado el tema del estudio valorativo y moral de las decisiones pues cuando se requiere de experimentos los sujetos a prueba pueden encontrarse condicionados por mencionado estudio, de alguna forma el cerebro ya decide lo que se va a hacer simplemente espera el momento exacto de la acción. Párrafos anteriores se hablaba de las técnicas de estudio del cerebro como la tomografía de emisión de positrones o la resonancia magnética funcional si bien estas pueden dar una hipótesis, no resultan ser suficiente para aportar seguridad pues su escasa información no dice cómo en realidad funciona nuestro cerebro.

Si hubiese una fórmula para el estudio valorativo y moral de las decisiones sabríamos en qué momento una persona actúa a propia voluntad, situación que nos ayudaría a determinar si dicha acción tiene contenido penal o no, sería importante manejar esos estudios pues sería el punto de partida para evitar pasar por cada filtro de la teoría del delito con el fin de determinar si dicha conducta es delito o no, saber ello nos ahorraría mucho tiempo en la calificación de estas conductas, pues con el solo hecho de demostrar mediante dicha fórmula que no hubo una acción con contenido penal, desaparecería la necesidad de pasar por las otras categorías, pues recordemos que el primer filtro de la teoría del delito es la acción, siendo concebida como la base de toda la teoría del delito; en conclusión, filtrando la conducta en esta categoría no habría delito.

2.2.5. Libre determinación de la voluntad, causalidad y determinación a partir del estudio del cerebro

En la antigüedad se sostenía que el ser humano era un ser dual compuesto por cuerpo y alma y que era del alma de donde provenían las decisiones del ser humano. Por ahora es difícil la explicación o la comprobación del alma y es más factible el estudio de algo objetivo como en este caso es el cerebro pues es imposible una completa explicación de la determinación de la voluntad humana a través de las leyes de la naturaleza.

La investigación del cerebro busca dar respuestas a si existe la posibilidad de que el control neuronal del comportamiento humano se dé a través del cerebro y son varios los autores que concluyen ello en sus investigaciones, pues, mencionan que es el sistema límbico el que controla completamente el comportamiento humano (Prinz 1996, p. 51; 2006, p. 86; Roth 2003, p. 494; Singer 2004, p. 30; Schiemann 2004, p. 2056; Spigles 2007, p. 43; Merkel 2008, p. 3)

Dentro de los trabajos de Libet resaltan los descubrimientos realizados aproximadamente en los años 1965 por el investigador alemán Krnhuber y su asistente Deecke, quienes centraron su estudio en movimientos arbitrarios de manos y pies y los patrones de ondas eléctricas en el cerebro. Estos investigadores demostraron que antes que se realice la acción concreta de la persona analizada (movimientos de la mano o de pie), se podía verificar una reacción en el cerebro, a lo que denominaron potencial de disposición. En su investigación demostraban que el potencial de disposición precedía a la acción, incluso estimaron el tiempo por el cual era precedido, el cual ascendía a 0,8 segundo, a partir de ahí los neurólogos empezaron a formular la tesis sobre el inicio de acción, concibiéndola como aquella que ya se ha realizado en el cerebro un segundo antes que una persona proceda a ejecutarla (Detlefsen 2006, p. 278)

Entonces partimos de que las acciones son producidas en el cerebro mediante procesos neuronales y, en principio, en la medida que esta acción sea viciada tanto en el potencial de disposición como al momento de la manifestación de la acción esta no se habrá generado para efectos del Derecho Penal.

2.2.6. Libre determinación de la voluntad

La libre determinación de la voluntad es una condición necesaria para culpa personal en la misma medida que lo es para la ejecución de acción. Nuestro código Penal no define el concepto de acción, pero es sabido que tiene un corte finalista, y desde esa perspectiva, la acción era concebida como un hacer o un dejar de hacer. Por otro lado, el Código Penal alemán por ejemplo dista mucho de lo concebido por nuestro ordenamiento siendo que su ordenamiento se habla sobre la libre determinación de la voluntad recogiendo en su artículo 20 que es atribuible la capacidad de la libre determinación de su voluntad, siempre que esta

persona esté plenamente consciente y mentalmente sana (Dreher, 1987). Aunque esta disposición sea recogida para hacer alusión a la culpabilidad no dista mucho del tema del origen de acción pues recordemos que la persona actúa en función a la determinación de su voluntad y esta tiene origen en los procesos mentales del cerebro. Para Jager (2013):

Debe convenirse, en cualquier caso, que, si se quiere hacer responsable por su comportamiento a un actor, debe atribuirse obligatoriamente a éste libre voluntad. De otro modo, lo ocurrido sería una parte de la realidad que tiene lugar sin un comportamiento imputable a la persona. Sin libre determinación de la voluntad, el individuo no podría realizar ninguna contribución propia a lo ocurrido, puesto que él actuaría controlado de forma plenamente externa (p. 60)

Entonces muy aparte del tema de culpabilidad que viene a representar el último filtro de la teoría del delito, la libre voluntad también está inmersa en la institución de acción la evitabilidad en alguna medida implica la libre determinación de la voluntad para evitar realizar una acción que infrinja una norma penal y ésta libre determinación de la voluntad tiene su origen en el cerebro y sus procesos neuronales.

2.2.7. Formación de la voluntad como curso causal más allá del determinismo

Ser libre tiene dos significados; por un lado, implica la capacidad para decidir qué tipo de acción quieres llevar a cabo en una infinidad de comportamiento, y por otro lado, tener la capacidad de reacción cuando se presenten circunstancias externas. No existe contradicción alguna entre libertad de la formación de la voluntad y la causalidad. Esta se justifica en principio por la reacción frente a las circunstancias externas. Esta causalidad implica la necesidad previa de libertad en el ámbito psíquico para poder accionar. La libre voluntad permite la existencia de un principio de causalidad que es transmitida psíquicamente.

La voluntad tiene mucho que ver en el ámbito de la acción, pues en la medida que esta sea libre al materializarse en la realidad se podrá adjudicar una acción como configuradora de un delito, si está en algún sentido se encuentra viciada o ha sido mermada no se le puede adjudicar a un sujeto una acción con contenido

penal pues cuando realizó la acción no era libre de tomar esa decisión no había manera de evitar la evitabilidad.

2.2.8. Libre rechazo

Para hablar sobre el libre rechazo, primero debemos recordar las conclusiones a las que llegó Libet, éste verificó que entre la intención de generar un movimiento con la mano y la realización de dicho movimiento distaba aproximadamente un segundo. Sin embargo, había una contradicción con las experiencias humanas como las de preparar un té, un proceso que es inmediato, por ello, era casi imposible mostrar la diferencia de un segundo. Posteriormente, otras investigaciones dieron como resultado que personas ya habían realizado una acción medio segundo antes que habían tomado alguna decisión. Siendo que el reflejo preconsciente de querer o de hacer algo, era más rápido que la acción consciente. Libet concluyó de ello que estos procesos volitivos en el cerebro eran iniciados antes que la persona se consciente de ello. (Jager, 2012)

Cabría una duda con ello respecto a si esto implicaría la determinabilidad del proceso de decisión, lo que daría como resultado el final de la idea de libre voluntad humana resultado de las investigaciones del cerebro humano. Sin embargo, la conclusión debe ser rechazada pues Jager (2012) Menciona:

En los trabajos de Libet y en posteriores investigaciones sobre el cerebro es importante tener en cuenta que desde el impulso de la voluntad hasta la decisión consciente transcurre ciertamente medio segundo, pero aún transcurre otro medio segundo hasta que la persona analizada lleva a cabo la acción. Libet (2004) deduce de ello que siempre existe la posibilidad para el individuo de paralizar la acción. Incluso si no hubiese una “libre voluntad” (*freien Unwillen*) a través del cual se posibilita que se evite lo pero (Precht 2007, p.154) Concretamente esta deducción de Libet no ha sido refutada por la moderna investigación del cerebro. (p. 62)

Esto es demostrado por nuestras experiencias cotidianas sobre los impulsos de acción que tenemos los cuales en algunos casos seguimos o desistimos de estos. Jager (2012) pone un ejemplo sobre ello:

Cada uno de nosotros ha sentido el impulso, al empezar a sentir hambre y sed, de ir a la nevera o de servirse un vaso de agua. Sin embargo, ahogamos estos impulsos una y otra vez porque consideramos otras actividades prioritarias, como por ejemplo la redacción de un artículo de Derecho penal sobre la investigación del cerebro. Simplemente a partir de esto se puede reconocer que la existencia de impulsos de acción y de impulsos volitivos no permite concluir una determinabilidad completa del proceso de formación de voluntad. (p. 62)

Por lo tanto, no se puede hablar de una determinación de la voluntad, sino por el contrario el ser humano tiene libertad de determinación de la voluntad para ejercer su acción en base a sus procesos mentales. Además, no se puede hablar de

2.2.9. Consecuencia de la ausencia total de libre voluntad

En la jurisprudencia alemana desde la sentencia BGHSt 2, 194, mantiene que el hombre ha de ser responsable de sus acciones en la medida que este base su acción en su libre y responsable autodeterminación y por ello será capaz de decidirse a favor de la justicia y en contra de la injusticia, de adecuar su conducta a las normas del “deber ser” jurídico y de evitar lo que está jurídicamente prohibido (p. 200)

Considerar la ausencia total de la libre voluntad tendría mucha implicancia en el marco del Derecho Penal generando que todas las personas que tengan ausencia de dicha libertad de voluntad no puedan ejecutar acción alguna que sea estimada como tal para efectos del Derecho Penal.

2.3. Postura respecto a las neurociencias

Las neurociencias nos ayudan a determinar que aquellos procesos neuronales están ligados al comportamiento de una persona y en tanto estos sean afectados por trastornos neuronales o factores externos no se podrá hablar de una transgresión voluntaria al Derecho Penal; esto debido a la imposibilidad de evitación de la transgresión de la norma. Al igual que la normativa alemana consideramos que la capacidad de la libre determinación de su voluntad es atribuible a una persona si esta se encuentra plenamente consciente y mentalmente sana; es decir, una persona realizará una acción con contenido

penal si se encuentra plenamente consciente y mentalmente sana al realizarla, resaltando además que no existan factores externos que puedan afectar la acción, de lo contrario no se podría hablar de una acción; además debe considerarse que para hacer objetivo la plenitud de conciencia y la mente sana esta persona debe someterse a determinadas pruebas psicológicas o neuronales dependiendo el caso concreto que logren determinar su estado mental.

CAPÍTULO III

CRITERIOS NORMATIVOS DE LA FASE NEGATIVA DE LA ACCIÓN

El presente capítulo tiene por fin establecer los criterios normativos de la fase negativa de la acción, para ello, se establecerán primer orden los patrones sociales que resultan ser aquellos criterios que tienen como soporte el fluir diario y la sabiduría común de la cual el Derecho Penal toma como fuente directa, no está demás mencionar que el Derecho Penal es una ciencia social y como tal analiza los patrones de la sociedad. En segundo orden y a luz de la neurociencia se establecerá los criterios correspondientes a la parte interna del ser humano que deberán ser interpretados objetivamente, dentro de ello se establecerá una teoría de la acción fundada en una concepción normativista, esta como punto de partida estará basado en un criterio objetivo, es decir algo susceptible de comprobación y es objeto de estudio de una ciencia como es el cerebro, después de ello, con esta teoría de la acción conceptualizada, podremos dar a la acción el lugar que le corresponde dentro de la teoría jurídica del delito, siendo encuadrada como la primera categoría normativa.

La producción de los criterios normativos de la fase negativa de la acción, buscan demostrar en qué casos la persona a pesar de haber realizado un determinado comportamiento relevante jurídicamente para el Derecho Penal, este comportamiento no sea considerado como acción; y, a mérito de ello no habría delito; además dentro de este capítulo se establecerá algunos medios idóneos con los cuales objetivamente se podría demostrar la no existencia de acción tales como una pericia psicológica o una resonancia magnética para comprobar el estado mental de una persona que puede determinar la capacidad interna del ser humano para realizar comportamientos.

3.1. Criterios normativos a de la fase negativa de la acción a partir de los patrones Sociales

Cuando se pide un contexto de imputación normativa esta se desarrolla a partir del escenario de expectativas sociales el cual se encuentra referido a los roles que están marcados básicamente por cuestiones del punto de vista de defraudación de competencias de organizaciones, como por ejemplo el padre tiene un rol de alimentar a sus hijos y ese rol se encuentra sometido por una competencia; es decir, de cómo el organizó su libertad; por eso, aquella defraudación de esta libertad activa la imputación. Cabe mencionar que cuando nos trasladamos al campo de los roles este no obedece al criterio de acción, sino

este se encuentra dentro de la tipicidad, entonces nos preguntaremos si la acción no obedece a roles, a que criterio de interpretación debe estar ligado la acción.

Para responder la pregunta anterior hemos optado por interpretar la acción a partir de los patrones sociales, estos tienen su origen en la sociedad, son escenarios establecidos, como son los usos y las costumbres, como es el mismo escenario legal, el hombre promedio, las máximas de la experiencia, entre otros indicadores que estandarizan patrones de conducta; por ejemplo, cuando yo veo una persona que se desplaza por la vereda este se encuentra cumpliendo un patrón cultural, por lo tanto los carros no pueden ir por ese lado porque la vereda le corresponde al ser humano; en ese instante nos estamos refiriendo a un patrón estandarizado.

Estos patrones de cultura están preestablecidos y no tienen nada que ver con los deberes; por lo tanto, cuando nosotros identificamos patrones podemos medir un concepto de acción desde el punto de vista normativo, es decir objetivo; por ejemplo, en el caso en el que Juan instrumentalizado por un movimiento telúrico golpea a María quien cae por las escaleras golpeándose la cabeza abruptamente y como resultado le causa la muerte, en este caso Juan podría decir a mí me instrumentalizo este movimiento telúrico pero mientras no haya una evidencia objetiva como una cámara filmadora la sospecha seguirá vigente. En este caso nosotros debemos trabajar básicamente con un enfoque normativo a este movimiento telúrico, con lo cual no se está negando la realidad, sino esta se debe interpretar, dando un soporte jurídico a esta realidad, por eso se dice que a la relación de causalidad hay que darle el soplo de la relación jurídica, es decir interpretarla como tal.

Entonces interpretamos el movimiento telúrico a partir de patrones sociales, creando patrones ajenos al rol, porque el rol tiene que ver con deberes y es un tema de imputación, los patrones sociales que subyacen de un movimiento telúrico están ligados a patrones culturales; por ejemplo, a las personas se les indican desde pequeños que cuando hay un movimiento telúrico deben en primer orden mantener la calma, no deben correr, ni gritar, de no poder salir del lugar donde se encuentren deben colocarse en las zonas de seguridad que han sido previamente identificadas.

Del ejemplo antes mencionado si Juan no obedece a estos patrones sociales los habrá defraudado dando origen dentro de la teoría jurídica del delito a la existencia de una acción en Derecho Penal. Los patrones son todo lo que impone la sociedad desde un punto objetivo a continuación se establecerá un catálogo de patrones genéricos para interpretar la acción a la luz de estos.

3.1.1. El Uso y costumbre

3.1.1.1. Los usos

El ser humano dentro de su vida social realiza usos o prácticas más o menos constantes que se desprenden de su misma actividad humana, dentro de ella están, por ejemplo, los hábitos de la vida, prácticas morales o religiosas, etc. A simple vista pueden ser extraños al Derecho, sin embargo estos no deben serlo; pues, la realidad que se desprende de ellos representará para este trabajo un criterio para determinar la existencia de acción, este patrón social que se desprende de los usos no podría ser catalogado como una acción penal, en la medida que la fuerza que deriva de los usos es dada por la tradición; un modo de querer, sentir y obrar dentro del cual nos hallamos; por ejemplo, nos encontramos en el caso de aquellas personas que reproducen, difunden, distribuyen o circulan una obra sin la autorización del autor mediante el reparto de fotocopias; este debería considerarse como delito; sin embargo, el propio uso repetitivo de esta práctica social ha generado la pérdida de fuerza de sancionabilidad del delito; por lo tanto, a partir del criterio de los usos como un patrón social para determinar la existencia acción dentro de la teoría jurídica del delito; se resolvería el caso antes mencionado considerando que la existencia de este uso no genera una defraudación del patrón social; por ello, no habría acción con contenido penal.

3.1.1.2. La Costumbre

El uso social que se manifiesta de la costumbre es distinto a los usos en la medida que la repetición que se manifiesta en esta se ha dado a lo largo del tiempo, dándole fuerza a este precepto y estableciendo una especie de conciencia de obligatoriedad. La costumbre subyace de la expresión de la comunidad y es independiente de una construcción formal, esta se encuentra producida por el consenso, por el sentir de una comunidad. Por ejemplo nos

referimos al termino Takanakuy este es un mecanismo en Santo Tomás para resolver conflictos se trata de una costumbre que tienen las personas para mediante un enfrentamiento a puños y patadas resolver sus desavenencias surgidas en el año, esta lucha podría generar un delito conocido como Lesiones leves o graves dependiendo las circunstancias específicas; sin embargo, para el presente caso la solución estaría inmersa en el patrón social costumbre; pues, demuestra que el accionar humano que ha ocasionado las lesiones no ha defraudado este patrón social; en razón a que su conducta se encuentra justificada por una costumbre llamada Takanakuy. Cabe mencionar además que el ámbito interno de voluntariedad tiene un papel muy importante dentro de este marco de análisis ya que estas personas que se enfrentan lo hacen voluntariamente y se encuentran custodiados por los ronderos de la zona. Se puede apreciar que en el caso antes mencionado el patrón social costumbre no ha sido defraudada; por lo tanto, la no defraudación anula la existencia de acción penal activando la fase negativa de la acción.

3.1.2. Las Máximas de la experiencia

Según diccionarios de Derecho Procesal las máximas de la experiencia son juicios que han sido adquiridos en razón de la experiencia general de la vida o de aquellos conocimientos técnicos especiales. En el marco de la prueba las máximas de la experiencia son un conjunto de conclusiones empíricas que se fundamentan en la observación de lo que ocurre comúnmente y esta resulta ser susceptible de adquirir validez para justificar las pruebas dentro de un proceso. En el marco de los patrones sociales las máximas de la experiencia no distan de aquel conocimiento que ha sido adquirido en razón de la experiencia general; es decir, dentro de la sociedad se puede hacer juicios hipotéticos de contenido general que sean sacados por la experiencia; como por ejemplo, se sabe por experiencia que en Perú los autos deben conducir por la derecha; por lo tanto, si alguna persona conduciendo ocasiona un accidente al interrumpir por la izquierda y genera por ello la muerte de dos personas, esta habrá defraudado un patrón social y por consiguiente habrá activado la acción penal, dando pase al análisis de la siguiente categoría que es la tipicidad. Lo mismo ocurriría en el caso de una persona que a sabiendas de la existencia de una precipitación fluvial decide conducir, siendo consciente que las ruedas de su auto podrían derrapar

en el transcurso del camino, esta persona estaría incumpliendo un patrón social relacionado a las máximas de la experiencia, pues, si es un conductor de un vehículo y obviamente es una persona con licencia debe conocer por experiencia que cuando las llantas del carro tienen contacto con el agua existe la posibilidad de ocasionar un derrape y un accidente a consecuencia de ello. El caso precipitación fluvial entonces vendría a ser resuelto por este patrón social llamado máximas de la experiencia que determinarán si la acción del ser humano ha sido defraudada a tal punto de ser considerada como tal para efectos del Derecho Penal.

3.1.3. La vía impuesta sobre algunos escenarios propios del Derecho Consuetudinario.

La vía impuesta sobre algunos escenarios del Derecho Consuetudinario prevé que aquellas comunidades campesinas y nativas tengan la potestad de resolver los conflictos que se le pudiesen presentar a través de su propia jurisdicción, en este caso el Derecho Consuetudinario representa una parte integral de la estructura cultural y social de un pueblo, representa un elemento básico de la identidad étnica que opera sin referencia al Estado, apreciándose así del Derecho Consuetudinario un patrón socio-cultural que nace de las propias comunidades, tenemos entonces como caso, aquellas comunidades que permiten comprometerse con una menor de edad resultado de las tradiciones correspondientes a la etnia de los pueblos, si aquella menor de edad que cuenta con un aproximado de 13 años tiene relaciones sexuales con un hombre de 25 años, nuestra normativa considera esta acción cómo una violación sexual atentando contra la indemnidad sexual de una menor, así el establece el código penal; sin embargo, si miramos vía impuesta del Derecho Consuetudinario como un patrón socio-cultural este no podría ser considerado como una acción penal, debido a no haberse defraudado dicho patrón que subyace de la tradiciones de un pueblo, además del reconocimiento expreso en la Constitución Política del Perú sobre el respeto del Derecho Consuetudinario.

3.2. El análisis normativo del aspecto psicologizante

3.2.1. La acción teoría del cerebro

La acción penal ha sido tratada desde varias teorías como lo hemos reflejado en el primer capítulo, en su mayoría estas teorías estaban basadas en criterios ontológicos. Sin embargo, por hoy y como se viene tratando el Derecho Penal es inminente la necesidad de un cambio, esto en razón a que por ahora los criterios tomados por el Derecho Penal no pertenecen a la esfera de lo ontológico, sino, a la esfera normativa, ello significa que la concepción de acción debe estar ligada a un concepto normativo y debe ser susceptible de comprobación.

Desde la antigüedad se pensaba que la acción podría ser de alguna manera producción del alma, esto pertenece a criterios ontológicos, a los que no podemos recurrir, por no ser susceptibles de comprobación. Por ello, es seguro afirmar, la acción proviene de otro lugar, el cual es objeto de estudio de una ciencia, en este caso estamos hablando del cerebro, lugar de dónde el ser humano genera a través de procesos neuronales determinadas acciones, que tendrán contenido penal en la cuando sean relevantes para el Derecho Penal.

Asimismo, se consideraba al ser humano como un ser libre, autónomo, autosuficiente. Según García (1986) para los griegos el hombre es aquel ser que, si se le hace una pregunta racional, puede dar una respuesta racional; esta razonabilidad hace que sea responsable, en tanto su conocimiento como su moralidad esté incluidos en este círculo. Si nos damos cuenta, la razonabilidad que posee el hombre lo dota a tal punto de otorgarle una capacidad para poder responder por las acciones cometidas, acciones tales como la comisión u omisión o como conductas culpables o imprudentes.

Muchos siglos atrás se consideraba una dualidad entre el cuerpo y alma; sin embargo, en la actualidad, el tema del alma como hemos mencionado no puede ser comprobado más que con fe; entonces una persona que puede dar respuestas racionales las da en razón a un buen control en el manejo del cerebro, lugar de donde se generan todos estos procesos neuronales que dan origen a nuestros pensamientos, acciones, etc. Asimismo, Melo (2015) menciona que las personas son capaces de generar conductas voluntarias, como de hacer juicios y escoger entre alternativas de acción. Todo ello debido al control de su cerebro; y, en tanto, este control no merme estaremos hablando de la existencia de acción penal, cuando esta sea relevante para el Derecho Penal.

Asimismo, Gehlen (1993) menciona que la acción del hombre como un organismo inteligente, es aquella actividad que la formaliza en el mundo, introduciendo un determinado cambio, el hombre a este cambio le otorga una finalidad, interviniendo, obviamente a través de actividad previsor, planificada y mancomunada. Si bien es cierto Gehlen tiene un concepto más ontológico de acción, basado en la finalidad; sin embargo, rescatamos dentro su concepto brindado la mención que hace respecto a “organismo inteligente”, pues, esta inteligencia mencionada por Gehlen solo puede ser originada por el hombre, quien mediante su cerebro que se encuentra en optimadas condiciones para o de poder manifestar su voluntad a su criterio.

Para Séneca citado por Gómez (2017) El poder del hombre jamás residirá en lo externo, esto es, en aquella fuerza bruta y/o la violencia que ejerza, en realidad el poder del hombre radica en sus fueros internos, en ese autocontrol, ese es el verdadero y esencial poder humano. Por lo tanto, el hombre más poderoso será aquel que es dueño de sí mismo, este hombre dueño de sí mismo y por ende de sus acciones es el quien entra a tallar dentro de este análisis, pues sus acciones, aunque tengan una distorsionada idea de autocontrol serán consideradas como acciones en la medida que sus fueros internos no hayan sido afectados al momento de generar una conducta determinada relevante penalmente.

Como nos podemos dar cuenta las decisiones son procesos mentales y, como tales, son funciones creadas en nuestro cerebro; por ello, este resulta ser indudablemente el soporte biológico de aquellas decisiones que el ser humano considera voluntarias, incluso cuando estas no lo fueran. Según Fuster (2013), nuestro cerebro es organizado mediante un ciclo nombrado de percepción/acción que funciona de la siguiente manera: los lóbulos parietales, temporales y occipitales, del hemisferio izquierdo como del derecho, soportan aquellas funciones perceptivas, mientras que los lóbulos frontales de ambos hemisferios sustentan básicamente funciones ejecutivas. Respecto al criterio anatómico lo constituyen las cisuras (derecha e izquierda) de Rolando o centrales, que separan los lóbulos frontales de los parietales, así como las cisuras (derecha e izquierda) de Silvio o laterales, que separan los lóbulos frontales de los temporales. Martínez (2019) menciona que lo que se produce es un procesamiento de información en la cual el organismo humano se adapta al

ambiente, de tal forma que estos cambios ambientales llegan a producir estímulos analizados en las partes perceptivas, las cuales producen respuestas activas en las partes frontales.

Por ello, si de alguna manera quisiéramos analizar nuestras decisiones y aclarar si estas son o no libres, el lugar adecuado para ese análisis son los lóbulos frontales. Si bien es cierto, los experimentos neurológicos que han venido siendo realizados hasta hoy se ocupan de tareas tan simples, mover algunos dedos o girar la muñeca, mientras que hay decisiones en los humanos mucho más complejas, donde cabe advertir este libre albedrío, como aquella decisión de elegir o no respetar la vida de alguien o de cometer uno que otro delito

Según el filósofo Churchland (1999) no hay modo por el cual alguien llegue a tener alguna experiencia directa de los estados mentales originados en otra persona; es decir, solamente el propio autor de una acción puede conocer su estado en ese momento. No obstante, ello no implica que no puedan ser estudiados, y, es ahí donde nuestra introspección entra a tallar; asimismo, Richard (2012) nos adelanta que la neurociencia afirma solamente podemos apreciar aquellas experiencias de otra persona indirectamente, a través de la observación de lo que nos cuenta. Con ello podemos tener una idea de cómo podemos estudiar las acciones de las personas en relación con su cerebro, y, esto es indirectamente mediante esta vía de introspección, siendo esta quien nos hará entender estos procesos mentales originados en otra persona. Cuando se hace referencia a indirectamente debemos tener en cuenta que es complicado saber el estado mental en el momento en que una persona comete un delito, pues, se tendría que estar presente al momento de la acción delictuosa y hacer en el instante muchas pruebas que nos ayuden a determinar cuál es su estado mental en ese momento.

Gonzales (2015) menciona que en los estudios más recientes sobre el genoma humano se coincide en considerar como atributo humano al libre albedrío, la libertad de actuar, tal dogma se sostiene en la especialidad del cerebro humano; por lo tanto, se afirma que la conducta humana se explica tanto a partir de los genes como de la experiencia. Todo apunta al cerebro como el lugar donde se originan los comportamientos dotados de voluntad, siendo que, estos procesos

cerebrales sincronizados son los que dan origen a determinadas acciones del individuo

La acción en materia penal no dista de ello, Jakobs conceptúa a la acción como la acusación del resultado individualmente evitable, en este sentido la interpretación del concepto de Jackobs y el cerebro como objeto de estudio de la acción dan origen al siguiente concepto, acción sería, la realización de una determinada conducta que es producida por el cerebro estando en las condiciones de poder evitarlo. Como Jakobs con este concepto se intenta cumplir un rol generalizador del concepto de acción que abarca tanto la comisión como la omisión. Entonces un ser humano que tiene procesos neuronales normales podrá evitar la lesión de la vigencia de la norma a raíz del control de procesos cerebrales voluntarios. Cuando este ser humano no pueda controlar estos procesos neuronales entonces estaremos hablando de una fase negativa de la acción penal.

Esta teoría está enfocada, en primer orden, al análisis de la acción a partir del estudio del cerebro y todos los procesos neuronales que se crean dentro de este, y dan origen a determinadas acciones que puedan ser relevantes penalmente, del capítulo relacionado a las neurociencias se puede extraer que esta actividad voluntaria resulta ser controlada por un sistema nervioso simpático, que mediante estos procesos neuronales generan una conexión y transmiten impulsos que concebirán movimiento para realizar las acciones.

Dentro de esta teoría de la acción penal, estaría incluida la comisión como la omisión, solo basta con que el cerebro se encuentre en óptimas condiciones a tal punto de evitar estos ilícitos, por ejemplo, en relación con el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar regulado en el artículo 122-B del Código penal que transcribe lo siguiente:

“El que de cualquier modo cause lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual que no califique como daño psíquico a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente

Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda.

Una persona que cause lesiones estando en sus condiciones mentales en las que pueda evitar ese supuesto de hecho estaría cometiendo tal ilícito. Lo mismo pasaría en relación con la omisión como por ejemplo en la omisión de prestación de alimentos que según el artículo 149 del código penal está redactado de la siguiente manera:

“El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.”

En este caso aquella persona que omitiese esta obligación de prestar alimentos estando en las condiciones mentales para lograr hacerlo estaría cometiendo ese delito. Lo mismo aplicaría en los delitos culposos e imprudentes, mientras la persona se encuentre en un estado mental capaz de evitar esta acción, estaría cometiendo dicho delito.

Esta teoría, en definitiva, puede abarcar todos los tipos penales encontrados dentro del código penal peruano, siendo establecida la teoría de la acción de esta manera, el presente estudio busca profundizar aquellos sucesos en los cuales no habría acción, es decir en qué momento la acción no sería relevante para el Derecho Penal a tal punto de no pasar este filtro y de descartarlo como delito, siendo eximido aquel sujeto de toda responsabilidad penal que se le hubiese atribuido de ser considerada relevante y pasar los otros tres filtros de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

(citar) Los momentos que importan para este trabajo, son los procesos mentales voluntarios de las personas en la medida que estos hayan sido generados sin ninguna afectación externa o interna propia del cerebro humano. En los capítulos anteriores, por ejemplo, veíamos el caso de aquella persona que era un profesor al que todos concebían como una persona decente, en la medida que su obrar era correcto; sin embargo, empezó a cometer ciertos actos impúdicos como frecuentar a sitios de dudosa reputación, así como optar por coleccionar pornografía infantil; siendo que, al ir preso por seguir en esas conductas, dentro

de la cárcel empieza a sufrir dolores de cabeza, por lo que fue analizado y descubren que tiene un tumor cerebral, el cual es extraído posteriormente, y al mismo tiempo que este es extraído, las adicciones a los comportamientos negativos merman; no obstante, dentro de un tiempo vuelven a aparecer, al igual que el tumor, desde ese punto podemos visualizar que el cerebro ha sido afectado a tal punto de crear dentro de la persona acciones a las que una persona no reconoce como tal. Se puede percibir a tal escala una afectación en el cerebro de la persona. Entonces si esto es así podría decirse que aquella persona ha generado una acción relevante para el derecho penal en la medida que su cerebro ha sido afectado por el tumor a tal punto de generar dichas acciones a las que no concurriría de no estar el tumor, aquella persona no puede evitar dicho comportamiento y esto en la medida que su cerebro se vea afectado por el tumor.

Por otro lado, si bien es cierto que dentro del Derecho Penal se reconoce una cuasi fase negativa de la acción esta se encuentra basada en criterios ontológicos,

Dentro del análisis esbozado anteriormente las pruebas tales como la resonancia magnética, así como las pruebas psicológicas que ayudan a determinar la capacidad mental de una persona nos servirían a tal punto de demostrar en qué condiciones se encontró una persona al momento de realizar ciertas acciones; y, en razón a ello, poder determinar si esa acción pasaría el primer filtro de la teoría del delito.

3.2.2. La acción dentro de la teoría jurídica del delito

La teoría del delito o también llamada teoría de la imputación penal, como ya se había desarrollado en el capítulo primero, es un instrumento conceptual que nos permite analizar si una conducta determinada es un hecho punible, mediante la abstracción científica de las características generales de un delito; la calificación del delito a realizar es básica y subyace de su mismo concepto, el delito es aquella acción típica, antijurídica y culpable; el análisis que se crea es determinar si dicha conducta producida por una persona es típica en tanto encuadre en un tipo penal que se encuentre regulado en el Código penal, antijurídica en tanto

sea contraria a derecho y culpable cuando sea personalmente reprochable al autor.

Como se puede apreciar esta teoría ha quedado relevada a solamente tres elementos dejando de lado el elemento que debería ser el más importante, que es la acción; aquel elemento que debería ser la base de todo el delito y del cual se determine en primer lugar si dicha conducta puede pasar al otro elemento que se denomina tipicidad, siendo que, sin acción, no habría tipicidad.

Cada elemento tiene su aspecto negativo. Es decir, situaciones en las cuales no se presentaría el elemento, como, por ejemplo, en el caso de la antijuridicidad, cuando existe la legítima defensa, siempre y cuando concurren las tres circunstancias necesarias que son la agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. Cuando dentro de la teoría del delito se aprecia un aspecto negativo de algún elemento entonces, esta conducta deja de ser considerada un delito.

Ahora en el tema de acción lo que se plantea al ser el primer elemento es crear criterios del aspecto negativo de la acción, es decir, situaciones en las cuales una conducta generada por una persona no sea considerada como acción para el derecho penal, todo ello en primer lugar partir del cerebro y además de aquellos patrones sociales que se manifiestan en la convivencia, sabemos que a partir del cerebro el ser humano genera determinadas conductas; sin embargo, como ya habíamos hablado, en el tema de la acción es complicado saber cómo una persona se encuentra mentalmente al generar cualquier tipo de acción (sea comisión u omisión), pues, deberíamos estar presentes con todos los aparatos o técnicas pertinentes que nos ayuden a demostrar en ese momento si la conducta que es realizada por una persona no existía posibilidad de ser evitada por el estado de sus procesos cerebrales.

Para este caso es necesario comprobar en algunas ocasiones todos estos procesos mentales mediante la introspección; es decir, mediante el análisis que pueda ser realizado por una persona con conocimientos en estos temas, siendo que, de tratarse de la necesidad de requerir un neurólogo para verificar el estado mental de una persona o alguna deficiencia que pueda ser percibida en su

cerebro, se requiera a este mismo para que verificar si aquella persona tiene el control de sus acciones; o también de algunos test practicados por psicólogos adscritos a los juzgados con el fin de determinar el estado mental de alguna persona y poder colegir si al momento que realizó dicha conducta estuvo en la capacidad para evitarla.

3.2.3. Criterios normativos de la fase negativa de la acción a partir del cerebro

Los criterios normativos de la fase negativa de la acción penal están destinados a determinar aquellas conductas en las cuales no hay acción para el derecho penal, para ello es necesario el estudio del cerebro que cabe mencionar resulta tener una estructura sorprendente e interesante, pero a la vez muy compleja; hemos podido rescatar del capítulo donde hablamos de su conformación, se estableció en este sobre las conductas humanas aquellas parten del sistema nervioso a causa de estímulos que provienen del exterior y fueron captados por el sistema nervioso somático y transmitidos al sistema nervioso central que da como consecuencia una respuesta motora,

El sistema nervioso se encuentra conformado según Tortosa (S/A) por dos grandes subsistemas uno de ellos es el sistema nervioso central en adelante SNC donde se ubica el encéfalo y la médula espinal; y, el sistema nervioso periférico en adelante SNP, dentro del cual se incluyen todos los tejidos nerviosos situados fuera del sistema nervioso central.

Hemos visto que el SNC comprende el cerebro, el cerebelo y el tronco del encéfalo todo esto contenido en el encéfalo y que la médula espinal es la parte del sistema nervioso central que se conecta con el encéfalo. El SNC recibe, integra y correlaciona distintos tipos de información sensorial, siendo además la fuente de nuestros pensamientos, emociones y recuerdos. Este ejecuta una respuesta tras integrar la información que es captada por las funciones motoras que viajan por los nervios del SNP.

Las neuronas dentro del sistema nervioso juegan un papel relevante; pues, son responsable de las funciones atribuidas al sistema nervioso como pensar, razonar, control de actividad muscular, sentir, etc. estas células conducen los impulsos que posibilitan todas las funciones del sistema nervioso.

Como podemos observar si queremos manejar los criterios negativos de la acción penal determinados a partir del cerebro veremos en primer orden las alteraciones que se puedan generar dentro de él y que imposibilite al ser humano actuar de acuerdo a Derecho. Asimismo, es análisis de este capítulo aquellas conductas externas que puedan escapar de las posibilidades mentales del cerebro.

3.2.3.1. Trastornos neurológicos:

Los trastornos neurológicos según la Organización Mundial de la Salud en adelante (OMS) vienen a ser enfermedades dentro del sistema nervioso central y periférico, enfermedades que en suma generarían que el ser humano no tenga el control de sus actos; por ello, al no tener un control total de sus actos estas personas al desarrollar un comportamiento que sea considerado delito para el Derecho Penal no deberá ser considerado como acción, por no poder evitarlo, pues sus capacidades mentales no se encuentran en óptimas condiciones para ello. Dentro de los trastornos mentales más representativos tenemos a los siguientes:

3.2.3.1.1. Demencia

Según la OMS La demencia es aquel síndrome causado por enfermedad del cerebro, usualmente de naturaleza crónica o progresiva, en el cual existe perturbación de las funciones corticales superiores, incluyendo memoria, razonamiento, orientación, comprensión, cálculo, capacidad de aprendizaje, lenguaje y juicio. No hay obnubilación de conciencia. Desde ese sentido entonces si alguna persona en su estado de demencia cometiera algún ilícito, por ejemplo:

Juan tiene 65 años padece de demencia senil, escucha ruidos que alteran su comportamiento, estos ruidos son ocasionados por un menor de 10 años, Juan golpea al menor ocasionándole lesiones que resultan con un certificado médico legal que tiene por conclusiones atención facultativa de 15 días e incapacidad médico legal de 40 días. En el presente caso estaríamos presenciando una inacción a consecuencia de la falta de discernimiento que ha sido ocasionada por la demencia. Juan producto de la demencia se encuentra en un estado en el

cual no puede evitar actuar de esa manera debido a las condiciones en las que se encuentran sus capacidades mentales.

3.2.3.1.2. Epilepsia

Según La OMS la epilepsia es un trastorno neurológico crónico distribuido mundialmente que afecta a ambos géneros y se manifiesta en todas las edades. El término también se aplica a un amplio grupo de condiciones caracterizadas por síntomas comunes denominados “crisis”, las cuales pueden ocurrir en el contexto de una lesión cerebral que puede ser sistémica, tóxica o metabólica. Se presume que estos eventos (denominados crisis sintomáticas provocadas o agudas) sean una manifestación aguda de la lesión y pueden no repetirse una vez que se haya eliminado la causa subyacente o haya pasado la fase aguda.

Asimismo, Paredes citando a Fisher (2020) nos habla sobre la definición conceptual de epilepsia afirmando que esta crisis se produce por la ocurrencia de signos o síntomas por actividad eléctrica excesiva o asincrónica neuronal en el cerebro. Este desorden cerebral conlleva la predisposición a generar crisis epilépticas caracterizadas por padecer consecuencias neurobiológicas, cognitivas, psicosociales y sociales. Por último, para que un paciente sea diagnosticado con epilepsia, debe haber padecido, obligatoriamente, al menos, una crisis epiléptica.

Respecto a la epilepsia este trastorno estaría incluido dentro de los criterios negativos de la acción; todo ello, en razón a la falta de voluntad para evitar algún delito en el momento que se genere una crisis epiléptica como, por ejemplo:

Juan de 24 años se encuentra en la piscina está un poco fatigado debido a la temperatura del sol, en ese instante se percata que un menor de edad de aproximadamente 8 años se está ahogando; sin embargo, producto del sol y la impresión de ver al menor ahogándose tiene una crisis epiléptica, producto de ello al no ser el menor auxiliado fallece por el ahogamiento. En el presente caso no podríamos hablar de una omisión como acción penal debido a la falta de evitabilidad del delito; es decir, Juan debido a su crisis epiléptica no pudo evitar omitir socorro al menor; por ende, no podríamos hablar de una acción que de origen a un delito para el Derecho penal.

3.2.3.1.3. Cefaleas

Según la OMS el dolor de cabeza es un síntoma que forma parte de un grupo relativamente reducido de cefaleas primarias, algunas de las cuales son condiciones generalizadas que con frecuencia duran toda la vida. El dolor de cabeza también ocurre como síntoma característico de muchas otras condiciones, en cuyo caso se le denomina cefalea secundaria. Para la OMS la cefalea resultaría ser un trastorno muy común que causa discapacidad significativa en las poblaciones del mundo; sin embargo, para entrar en el tema penal el tema de la cefalea debe ser analizada debido a su intensidad es decir una persona que sufre de dolores en la cabeza que son leves su accionar no podría ser considerado como inacción para el derecho penal, debido a la capacidad que ostenta para evitar cometer un delito por sus condiciones. Cabe mencionar

3.2.3.1.4. Esclerosis múltiple

La esclerosis múltiple afecta aproximadamente a 2.5 millones de personas en el mundo; representa uno de los trastornos neurológicos más comunes y la causa de discapacidad de adultos jóvenes, especialmente dentro de Europa y América del Norte. Hacen falta algunos estudios epidemiológicos en Asia donde la prevalencia informada es baja, aunque con la disponibilidad de más neurólogos y estudios de imágenes por resonancia magnética se está diagnosticando a un mayor número de pacientes. El margen de discapacidad de este trastorno suele ser bajo dentro del transcurso de sus vidas, sin embargo, hasta un 60% de ellas pierde la capacidad para caminar 20 años después de la aparición de la enfermedad, estas pueden ostentar importantes implicaciones en su calidad de vida y en el costo financiero para la sociedad. Respecto a la esclerosis que es aquel trastorno donde la persona puede presentar pérdida de la visión, dolor, fatiga y disminución de la coordinación perdiendo la capacidad de caminar, dentro de esta la comisión de algunos delitos pueden ser procesados delitos tales como personas que sufren de este trastorno y profieren injurias o calumnias desde este punto estas si pueden ser procesadas en la medida que pueden ser evitadas pues se encuentran con la capacidad mental para hacerlo; sin embargo, cuando nos referimos a la figura de la omisión podría generarse un salvoconducto debido a que el estado en el que se encuentran le impide actuar para evitar la omisión.

Como se puede apreciar estos resultan ser algunos de los trastornos que podrían generar que aquella acción de un individuo no sea considerada como tal para el Derecho Penal, en la medida que su capacidad mental no esté en las condiciones para evitar el quebrantamiento de la norma.

3.2.3.2. Falta de cognición por alteración de la mente producida por factores externos

La alteración del cerebro no solo se produce por trastornos mentales, además de ello existen otras formas por las cuales una persona puede estar en un estado de alteración mental, los casos que se presentan son por grave alteración de la consciencia por consumo alcohol o estupefacientes o cualquier otro producto que genere este estado.

La fase negativa de la acción aplica en este caso debido a la falta de cognición por la alteración de la mente en una persona; es decir, el sujeto se encuentra en un estado en el cual le es imposible evitar el quebrantamiento de la norma pues sus facultades mentales no se encuentran en óptimas condiciones.

Encontramos el caso de aquella persona que se encuentra en una grave alteración de la conciencia por ingesta de sustancias como el alcohol adquiriendo a tal profundidad una afectación en la facultad para comprender el carácter delictuoso del acto, recordemos que este estado según la Ley N. ° 27753 se presenta en el cuarto periodo en el cual aquella persona analizada presenta 2.5 a 3.5 g/l de alcohol en la sangre, esto según la tabla de alcoholemia. Además, se puede observar dentro de la tabla que la persona puede presentar, estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres. Lo que se puede observar es que en ese estado la persona pierde la capacidad de cognición evitando la capacidad de poder evitar el quebrantamiento de la norma, pues su estado mental no le permite por las condiciones que presenta.

Ahora cabe analizar el comportamiento de aquellas personas que se colocan en ese estado para poder perpetuar el delito, esto es aquellas personas que beben alcohol a tal punto de encontrarse, según el cuadro, en grave alteración de la conciencia para poder evitar responsabilidad en los actos los actos realizados, en este caso estaríamos frente a un ilícito y no podríamos decir que existe una

inacción, la razón se encuentra en que la persona según sus capacidades mentales pudo evitar el quebrantamiento de la norma al no ingerir sustancias que la pusieran en ese estado para perpetuar el delito, situación distinta a la de aquella persona que va a beber sin la intención de querer cometer algún delito. Por esa razón es que los actos de liberalidad para ponerse en un estado de alteración con la intención de perpetuar un delito deben ser considerados como actos para el Derecho Penal.

3.2.3.3. Factores externos que imposibilitan una respuesta cerebral voluntaria

Este criterio representa aquellos momentos en los que el sujeto comete un delito como consecuencia de factores externos tales como los fenómenos naturales o a consecuencia del obrar de un tercero, en este criterio el ser humano no se encuentra en las condiciones mentales de evitar el quebrantamiento de la norma por ser tan solo un instrumento de estos factores externos debido a la imposibilidad de su reacción frente a ellos.

Si una persona se encuentra en la universidad y ocurre un fenómeno natural como es un terremoto, esta persona al encontrarse en esta situación apela a su instinto de supervivencia bajando por las escaleras para ponerse a salvo; sin embargo, en el transcurso del trayecto y debido a las fuertes ondas sísmicas no tiene un control adecuado en su cerebro para estimar una respuesta tal como evitar resbalar o chocar contra una segunda persona; por lo tanto, al generarse tal situación ocasiona la muerte de la segunda persona debido a la fuerza del impacto que recibe por la caída de las escaleras. En el presente caso se aprecia la fase negativa de la acción; pues, la primera persona se encuentra en un estado de imposibilidad para poder actuar con todas sus facultades mentales y poder evitar el quebrantamiento de la norma.

El mismo criterio aplica para aquellas acciones en las cuales la segunda persona es empujada por la tercera persona y como consecuencia de ello la segunda persona choca con una persona distinta ocasionando que esta tenga una caída de aproximadamente 7 metros ocasionando su muerte inmediata, en este caso se puede apreciar a la segunda persona en un estado en el cual no tiene un control absoluto de sus procesos mentales para evitar el quebrantamiento de la

norma, todo ello en razón a que es utilizado como un instrumento y su capacidad de reacción es mermada por ese factor externo.

3.2.4. Medios idóneos para la demostración de la fase negativa de la acción en la teoría jurídica del delito

Cuando se hace referencia a medio idóneo se pretende plantear aquellas pruebas que permitan considerar a la persona dentro de alguno de los criterios planteados anteriormente. Estas pruebas permitirán que el sujeto que realiza una acción sea exonerado de responsabilidad; pues, la acción que ha realizado no manifiesta para el Derecho Penal una acción.

Respecto a los criterios que hemos realizado son tres, dentro de los cuales el trastorno mental puede ser identificado mediante un diagnóstico médico el cuál puede incluir una resonancia magnética que permita identificar el trastorno que tiene la persona; respecto al segundo criterio que se refiere a la alteración de la mente producida por factores externos esta puede ser comprobada mediante pruebas tales como el dosaje etílico o test de consumo de sustancias estupefacientes, por último respecto a los factores externos que imposibilitan una respuesta cerebral voluntaria, estos factores pueden ser demostrados con medios tales como un informe remitido por la entidad que se encarga de revisar tales fenómenos naturales; asimismo, cuando se trate de otro factor externo tal como la acción de una tercera persona se apelará a cualquier otra prueba que pueda identificar la acción de esta como un video o por último podría recurrirse a prueba indiciaria que con elementos de prueba periféricos puedan demostrar que esta tercera persona realice una acción que anule la acción de la segunda persona para ser considerada como delito.

3.2.4.1. Diagnóstico Médico

El diagnóstico médico hace referencia a la determinación de la naturaleza de una enfermedad. Según Coronado (2015) se llama diagnóstico al poder identificar una enfermedad a través de los signos y síntomas que presenta el paciente; asimismo, para Lain (1982) el diagnóstico médico es aquel conocimiento técnico del estado de salud en el que se encuentra un ser humano. La necesidad de hablar sobre el diagnóstico médico radica en la consideración de este como medio idóneo para manifestar el trastorno mental

Así por ejemplo si hablamos del diagnóstico de la epilepsia en este según Radiologyinfo (2019) un médico realizará un examen físico y podrá evaluar la actividad eléctrica del cerebro con un EEG (electroencefalograma). También se puede ordenar dentro de éste exámenes por imágenes tales como:

Imágenes por TC de la cabeza: La tomografía computarizada utiliza un equipo de rayos X y computadoras para crear una serie de imágenes en las que cada imagen muestra una parte de su cráneo y de su cerebro.

RMN de la cabeza: la resonancia magnética nuclear (RMN) utiliza un poderoso campo magnético, señales de radiofrecuencia y una computadora para producir imágenes detalladas. Es el mejor examen disponible para evaluar la estructura y función de su cerebro.

Punción lumbar (punción espinal): Esta prueba analiza una pequeña cantidad de líquido cefalorraquídeo luego de extraerlo de la región lumbar (inferior) de la columna vertebral. Los médicos utilizan la punción lumbar para ayudar a diagnosticar infecciones, sangrado del cerebro, cánceres del cerebro y de la médula espinal, y condiciones inflamatorias del sistema nervioso.

Magnetoencefalografía (MEG): La MEG mide los campos magnéticos producidos por las corrientes eléctricas de su cerebro. Esto ayuda a su médico a encontrar la fuente de sus convulsiones.

Todas estas pruebas pueden determinar si una persona tendría epilepsia y a consecuencia de ello si se demostrase que la persona sufrió ataques epilépticos al momento de cometer una acción que es considerada como delito carecería de acción para el Derecho Penal, del mismo modo que se hacen las pruebas para determinar este trastorno las otras enfermedades tienen sus propios exámenes con los cuales se puede determinar incluso la intensidad del trastorno, pero se ha tomado uno al azar a consecuencia de explicar que un diagnóstico médico puede determinar con exactitud un trastorno mental.

Dentro de la teoría del delito es sabido que tanto el fiscal como el abogado tienen sus propias teorías del delito, en suma, cuenta lo primero que deberían hacer es determinar si existe acción para poder entrar al campo de la tipicidad; para ello, es necesario determinar si según el caso correspondería hacer pruebas con la

finalidad de descartar algún trastorno que pudo ocasionar dicha acción. Esto no solo debe ser presentado por la parte defensora; sino también a criterio fiscal, tal motivo se circunscribe en que si no se determina que existe acción para el Derecho Penal no podría trasladarse a verificar la tipicidad.

3.2.4.2. Dosaje étílico o test de sustancias estupefacientes

El dosaje étílico es un examen químico mediante el cual se determina cuanta concentración de alcohol presenta una persona en su organismo, las pruebas se hacen mediante muestras biológicas que pueden ser de sangre u orina, el mismo método ocurre en el consumo de sustancias estupefacientes.

Estas pruebas ayudarán a determinar si alguna persona podría presentar alteración de la mente producida por factores externos ingresados en el organismo a fin de demostrar que no existe acción cuando esta persona se encuentra en un estado de grave alteración de conciencia que según la Ley N.º 27753 presenta en una tabla de la siguiente manera:

<p><u>1er. Periodo: 0.1 a 0.5 g/l: subclínico.</u></p> <p>No existen síntomas o signos clínicos, pero las pruebas psicométricas muestran una prolongación en los tiempos de respuesta al estímulo y posibilidad de accidentes. No tiene relevancia administrativa ni penal.</p>
<p><u>2do. Periodo: 0.5 a 1.5 g/l: ebriedad</u></p> <p>Euforia, verborragia y excitación, pero con disminución de la atención y pérdida de la eficiencia en actos más o menos complejos y dificultad de mantener la postura. Aquí está aumentada la posibilidad de accidentes de tránsito, por disminución de los reflejos y el campo visual.</p>
<p><u>3er. Periodo: 1.5 a 2.5 g/l: ebriedad absoluta</u></p> <p>Excitación, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control.</p>
<p><u>4to. Periodo: 2.5 a 3.5 g/l: grave alteración de la conciencia</u></p> <p>Estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres.</p>
<p><u>5to. Periodo: niveles mayores de 3.5 g/l: coma</u></p>

Hay riesgo de muerte por coma y el paro respiratorio con afección neumonológica, bradicardia con vaso dilatación periférica y afectación intestinal

Del cuadro presentado contenido en el anexo de la Ley N. ° 27753 se puede identificar en qué circunstancias la persona se encuentra en un estado de grave alteración de la conciencia, lo cual se llegaría a probar mediante un informe que detalle el dosaje etílico de la persona que haya cometido un delito, así el sujeto carecería de responsabilidad en razón a que su acción no puede ser considerada acción para el Derecho Penal por la imposibilidad de poder evitar dicho resultado. El mismo círculo aplicaría para el consumo de estupefacientes que generen un estado de grave alteración de la conciencia.

3.2.4.3. Informe técnico o prueba alternativa que ayude a determinar el factor externo.

Respecto al Informe técnico según la RAE informe es la descripción oral o escrita de las características y circunstancias de un suceso o asunto; asimismo, conceptúa a técnico como aquella persona que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte. La definición del informe técnico vendría a ser aquel documento que describe las características o circunstancias de un problema científico realizado por una persona que conocimientos en dicha ciencia o arte.

Este informe técnico funcionaria para la demostración de fenómenos naturales tales como un sismo con tal magnitud de generar pérdida de control en las personas, por ejemplo, una institución encargada de brindar un informe técnico sería el Instituto Geofísico del Perú, aquella entidad se encarga de hacer importantes estudios de investigaciones científicas en los campos de la sismología, como de informar la ocurrencia de sismos dentro del territorio peruano.

Los fenómenos naturales pueden ser estudiados por las entidades correspondientes a las que se puede acudir para solicitar el informe, todo ello, con la finalidad de correlacionar el tiempo en el que ocurrió el delito y el fenómeno, que permitirán descartar la acción de un sujeto cuando cometa un

delito cuando ocurra un fenómeno de tal magnitud que sea imposible evitar dicho resultado.

Sin embargo, cabe mencionar que no aplicaría un informe técnico cuando el factor externo provenga de una tercera persona en este caso se deberá buscar medios de prueba alternativos que puedan determinar que el sujeto que ha cometido un acto ilícito actuó como instrumento debido a la falta de respuesta cerebral voluntaria por factor externo.

3.2.5. ¿Las personas jurídicas tienen cerebro?

Si bien es cierto esta teoría de la acción dista un poco en relación a las personas jurídicas pues estas carecen de un cerebro físico como el de los seres humanos, las personas jurídicas representan una figura jurídica que le permite existencia para ostentar derechos y obligaciones; sin embargo, el concepto de acción realizado no debe distar de la persona jurídica debido a que se puede hacer un símil de los procesos neuronales ocasionados en la persona, así como de los procesos realizados por las personas que se encuentran manejando la persona jurídica.

Por ejemplo las personas humanas como hemos desarrollado captan las situaciones externas las cuales son dirigidas por SNP al SNC para dar como consecuencia una respuesta y generar una determinada acción, el mismo método ocurre dentro de una persona jurídica pues esta capta por medio de las personas situaciones externas y las personas se encargan de generar una determinada acción de la persona jurídica; es decir en este caso las personas humanas dentro de una persona jurídica estarían actuando como si fueran las neuronas y dando respuesta a las situaciones externas captadas.

3.3. Postura

De los análisis del primer y segundo ítem correspondientes a los supuestos de los patrones sociales y al análisis normativo del aspecto psicologizante, no existe ninguna duda que la tendencia hoy es normativizar todo tipo de conducta como una herramienta para los operadores del Derecho, incluyendo básicamente los escenarios de los patrones sociales. Es menester precisar que los patrones sociales y la normativización del aspecto psicologizante son aportes

complementarios a lo que ya preexiste en el escenario jurídico, referido a lo que ya ha desarrollado la doctrina normativa que son los roles, los riesgos, las competencias; cabe resaltar que estos criterios que ya preexisten corresponden al análisis de la imputación y no a los criterios de acción. Por ello, presento a la dogmática penal una postura o una idea de manera complementaria, desde una perspectiva normativa que los conceptos de imputación que son los roles y riesgos se les debe agregar previamente los patrones socio culturales y el análisis de los aspectos psicologizantes para determinar si una acción debe ser considerada como tal para el Derecho Penal.

CONCLUSIONES.

1. En el análisis de la estructura de la acción penal dentro de la teoría jurídica del delito se puede observar que esta no representa una categoría distinta a la tipicidad, es decir, que cuando se le imputa un delito a una persona de por sí se considera que la acción ya está inmersa en ella, este aspecto debe cambiar, pues dentro de la estructura de la teoría del delito la acción es una categoría distinta a la tipicidad; siendo la acción la base de toda la teoría jurídica del delito, por la que incluso se debe empezar a hacer el análisis de una conducta delictuosa.
2. Las neurociencias dentro de la acción penal juegan un rol determinante, pues el estudio del cerebro dentro de la acción penal ha logrado determinar que es el centro de donde, debido a procesos neuronales se crean determinados comportamientos en una persona; y, en la medida que estos sea vean afectados por circunstancias ajenas a su correcto funcionamiento, no se podría determinar una acción penal como tal; claro está que si bien es complicado determinar qué es lo que pasaba por la mente o que afecciones tiene una persona al momento de realizar una conducta delictuosa es necesario que para poder realizar el correcto análisis de una conducta debe ser llevado a cabo por la vía de introspección, esto como mencionamos en razón a la difícil determinación de aquellos procesos mentales que ocurren en el cerebro al momento en de que el ser humano realice una determinada conducta; por ello, existe la necesidad inmediata de analizar el estado mental de aquella persona que realiza un determinado comportamiento, con fin de corroborar este criterio interno que le corresponde al ser humano para determinar si esta acción puede ser considerada como tal para el Derecho Penal.
3. Los criterios normativos planteados en la presente investigación son genéricos con la finalidad de alcanzar un mayor rango de comportamientos, dentro de estos encontramos a aquellos criterios determinados por el aspecto interno de la persona y sus capacidades mentales al momento de realizar una determinada conducta que darán por sentado que aquella persona ha

realizado una conducta pudiendo haberla evitado; pues tenía consigo las facultades mentales para poder hacerlo. Otro de los criterios normativos para el análisis de la fase negativa de la acción le corresponde a los patrones sociales que son preexistentes a la sociedad y que la defraudación de estos dan por sentada la acción; dentro de los patrones sociales más genéricos tenemos a los usos y costumbres que reflejan en la población prácticas constantes en una sociedad, este comportamiento constante genera que una conducta sea aceptada como tal y que como consecuencia de ello sea descartada como una acción con contenido penal. Las máximas de la experiencia que representan un patrón social adquirido por la razón y la experiencia en la vida nos ayudan a determinar cuál debió ser el comportamiento de una persona en determinada acción, este criterio debe ser tomado para determinar si una acción debe ser tomada como tal para el Derecho Penal. Por último, tenemos el patrón social que se genera a consecuencia de la vía impuesta en algunos escenarios del Derecho Consuetudinario, que va ligado específicamente a algunas comunidades en las que realizan determinadas acciones que en suma serían consideradas como delitos en otras, pero subyace de estos comportamientos un patrón cultural arraigado en la sociedad, es decir, ese comportamiento resulta estar inmerso en su cultura, por ende, no debería ser considerado como una acción penal. La eficacia de los criterios normativos de la fase negativa de la acción penal se ve plasmada en aquellos ejemplos mencionados en el capítulo tres con los cuales se pretende, en primer orden descartar las acciones que no corresponden ser consideradas como tales para efectos de responsabilidad por el Derecho Penal, ahorrando en prima los recursos humanos que se perderían de no ser considerada como tales; es decir, aquellos recursos como tiempo por parte de los magistrados para el análisis o búsqueda de la resolución de dicho conflicto, cuando en primer orden se puede descartar dicho comportamiento con la sola fase negativa de la acción.

RECOMENDACIONES

1. Con lo anteriormente expuesto debe implementarse, dentro de la práctica jurídica, que el instrumento conceptual que conocemos como teoría del delito tenga un marco más amplio de análisis, incluyendo dentro de su estructura como institución distinta a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; a la acción y siendo así tengamos en cuenta que la fase negativa de la acción debe ser vista desde una perspectiva normativa dejando de lado su concepción ontológica.
2. Abarcar un mayor análisis de las neurociencias y sus implicancias dentro del comportamiento humano, esto en razón a que tenemos como objeto de estudio en el campo de la neurociencia al cerebro, que es el lugar dónde mediante procesos neuronales se originan los determinados comportamientos de una persona; y, en la medida que se logre un mejor estudio del cerebro, puede llegarse a establecer mejor el aspecto psicologizante normativo que determine cuando no estamos frente a una acción para el derecho penal.
3. Que dentro de la fase negativo de la acción penal se considere a la defraudación de un patrón social como aquella falta de acción para el derecho penal, siendo los patrones sociales aquellos criterios que tienen como soporte el fluir diario y la sabiduría común de la cual el Derecho Penal toma como fuente directa, estos escenarios son establecidos en la sociedad como lo son los usos y las costumbres, las máximas de la experiencia y la vía impuesta sobre algunos escenarios propios de derecho consuetudinario.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. Anónimo (2001). Jurisprudencia penal y procesal penal. Lima, Perú: Gaceta Jurídica
2. Bacigalupo, E. (2006). Hacia el nuevo Derecho penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi s.r.l.
3. Berdugo, I. y otros. (1996). Lecciones de Derecho penal parte general. Barcelona, España. Editorial Praxis S. A.
4. Burns, J., & Swerdlow, R. (2003). Right orbitofrontal tumor with pedophilia symptom and constructional apraxia sign. Archives of Neurology, 60
5. Chaparro, A. (2011). Fundamentos de la teoría del delito. Lima, Perú: Grijley E. I. R. L.
6. Cuello, J. (2000) Manual de Derecho Penal Parte General. Navarra, España: Editorial Aranzadi S.A
7. Curchland, P. M. (1999) Materia y conciencia. Introducción contemporánea a la filosofía de la mente (trad. Margarita N. Mizraji) Barcelona, Gedisa
8. Ferre, J. y otros (2010). Derecho Penal Colombiano Parte General principios fundamentales y sistema. Bogotá, Colombia. Grupo editorial Ibañez.
9. García, E. (1986.) El renacimiento: humanístico y sociedad, Bogotá, Cíncel.
10. Garcia, P. (2012). Derecho Penal Parte General. Lima: Jurista Editores.
11. Gehlen, A. (1993) Antropología filosófica. Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo, Barcelona, Paidós.
12. Gomez, C. A. (2017) La prueba “jurídica” de la culpabilidad en el nuevo sistema penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
13. Gonzales, J. (2005) Genoma humano y dignidad humana, Barcelona, Anthropos.
14. Günter J. (1996) La imputación penal de la acción y de la omisión. Bogotá, Colombia: Universidad del Externado de Colombia.

15. Günter, J. (1996) Sociedad norma y persona. Bogotá, Colombia: Universidad del Externado de Colombia.
16. Günter, J. (1997). Derecho Penal parte general, Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, España: Ediciones Juridicas S. A.
17. Hurtado, J. (2005). Manual de Derecho Penal Parte General I. Lima, Perú: editora jurídica Grijley.
18. Jescheck, H. (2002) Tratado de Derecho Penal Parte General. Granada, España: Editorial Comares S.L.
19. Jiménez de Asua, L. (1990). Principios de derecho penal. La ley y el delito, Buenos Aires, Argentina, editorial Sudamericana.
20. Joaquín M. (2013), The Neuroscience of Freedom and Creativity, Cambridge University Press, Nueva York.
21. Kandel, E.R.; Schwartz, J.H.; Jessell, T.M. (1997). Neurociencia y conducta. Madrid. España. ediciones: Prentice Hall.
22. Kandel, E. R. (2012) En busca de la memoria. El nacimiento de una nueva ciencia de la mente, Buenos Aires, Katz.
23. Kant, I. (1787) Kritik der reinen Vernunft, en: Kant, I. (1963) Werke in sechs Bände. Alemania. Edición de Wischedel, Tomo 2, p. 500 (B 578).
24. Lain, P. (1982) Introducción general, el diagnóstico médico. Historia y teoría. Barcelona. Salvat Editores.
25. Maurach, R. y Zipf. H. (1994) Teoría General del Derecho penal y estructura del hecho punible. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
26. Melo, A. (2015) Cerebro, mente y conciencia. Un enfoque multidisciplinario, Estados Unidos, internet Medical Publishinf.
27. Montalegre, E. (2003) Estudio introductorio a la obra de Gunter Jakobs, en: El funcionalismo en el Derecho penal. Libro homenaje al profesor Gunter Jakobs, Bogota, Colombia: Universidad del Externado de Colombia.
28. Muñoz, F. y Garcia, M. (1996). Derecho penal parte general. Barcelona. España. Editorial Tirant lo Blanch.
29. Naucke, W. (2006) Derecho penal una introducción. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.
30. Pariona, R. y otros (2015) Teoría del Delito, problemas fundamentales. Lima, Perú: Instituto Pacifico.

31. Pinker, S. (2007) Como funciona la mente. Barcelona, España. Editorial Destino.
32. Pollán, M. y Garrido, E. (2000) Psicología Mente y Conducta. Bilbao, España. Editorial Desclée de Brouwer S.A.
33. Radbruch, G. (2011). El Concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal. Buenos Aires, Argentina: B de f.
34. Ragués, Ramón. (1999) El dolo y la prueba en el proceso penal. Barcelona, España: Jose María Bosch Editor.
35. Reátegui, J. (2009). Derecho Penal Parte General. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
36. Rojas, F. (2013). Derecho Penal, estudios fundamentales de la Parte General y especial. Lima: Gaceta Penal y procesal.
37. Roxin. C. (2007). Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, España: Civitas.
38. Roxin, C. (2013) La teoría del delito en la discusión actual. Lima, Perú: Grijley.
39. Roxin, C. (2019) La imputación objetiva en el Derecho Penal. Lima, Perú: Grijley
40. Searle, John (2005) Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político. Barcelona, España. Editorial Paidós
41. Sternberg, R. (2011) Psicología Cognoscitiva. Santa Fe, México. Cengage Learning Editores S. A.
42. Villavicencio, F. (2006) Derecho Penal Parte General. Lima, Perú: Grijley
43. Villa Stein, J. (2008) Derecho Penal Parte General. Lima, Perú: Grijley
44. Welzel, H. (2014) La teoría de la acción finalista. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
45. Wessels, J. y otros (2018) Derecho Penal, Parte General. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
46. Zaffaroni, E. (2006). Manual de Derecho penal: Parte general. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Tesis

1. Rimarachin, R. (2018) "La ebriedad absoluta como causa de exclusión de la culpabilidad". Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. (Tesis de Título de Abogado) Chiclayo. Recuperado de: <http://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/1076>

Libros Virtuales

1. Borja, E. (2012) Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxi y Gimbernat. https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4172/pg_009-064_penales17.pdf?sequence=1
2. Rodriguez, M. (2013). Estructuras y categorías del delito. Manual básico para el alumno <https://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/15085/teoria%20delito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Blogs

1. Anónimo. (2019). Demencia. Radiologyinfo.org. Recuperado de: <https://www.radiologyinfo.org/sp/info.cfm?pg=dementia>
2. Coronado, T. (2015) Diagnóstico Médico. Revista Biociencias. volumen 11, pp. 70 recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5646110>
3. Cruz, F. (27/12/2017) Importancia de las neurociencias y el comportamiento. Ensayo. Recuperado: <https://www.gestiopolis.com/importancia-las-neurociencias-comportamiento-ensayo/>
4. Villoria, S. (12/08/2015) La conducta humana en psicología. Blog de Psicología. Recuperado: <https://www.cipsiapsicologos.com/blog/la-conducta-humana/>

Revista Digital

1. Martínez-Freire, P. (2019) Neurofilosofía de la libertad Ludus vitalis: revista de filosofía de las ciencias de la vida = journal of philosophy of life sciences = revue de philosophie des sciences de la vie, ISSN 1133-

5165, Vol. 27, Nº. 51, , págs. 173-178 Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7126017>

2. Paredes, E. (2020). Diagnóstico y tratamiento de la epilepsia: actualización médica. Ediciones Franco S.A. Recuperado de
<http://revistamedicus.com/revision-basica-3-r4>